

Thema
Das Geschäft mit dem,
den es angeht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Michael Dubber

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555626_0045

Thema
Das Geschäft mit dem,
den es angeht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Michael Dubber

1977



Referent: Professor Dr. Rother
Korreferent: Professor Dr. Rimmelspacher
Tag der mündlichen Prüfung:

15. Februar 1977

LITERATURVERZEICHNIS

- Alsberg, Max Anmerkung zu RG JW 1931 in JW 1931 S. 1198
- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in AcP 151 S. 501
- Bandasch, Georg Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Berlin 1973
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, zitiert: Verfasser in BGB-RGRK, 11. Aufl. Berlin 1959-1970
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. München 1974
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Aufl. München, 1973
- Bettermann, Karl August Vom stellvertretenden Handeln, Bochum 1937, Neudruck Aalen 1964
- Böhle - Stamschröder Anfechtungsgesetz, 3. Aufl. Berlin-München 1967
- Boehmer, Gustav Anmerkung zu LG Berlin, FamRZ 1955 S. 267 ebenda
- Busse, Diether Eigentumserwerb durch Stellvertretung, Marburger Dissertation, 1932
- Canaris, Claus-Wilhelm Das Verlöbniß als "gesetzliches" Rechtsverhältnis, AcP 165 S. 1
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Canaris, Claus-Wilhelm Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 1973 S. 825
- Capelle, Karl-Hermann Handelsrecht, Lehrbuch, 16. Aufl. München 1974
- Cohn, Ernst Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen den es angeht, in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 61; Marburg 1931
- Cosack, Konrad Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd. 3. Aufl., Jena 1900

- Dernburg, Heinrich Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, I. Bd. 3. Aufl. Halle 1906
- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht, in Festschrift für Fritz Schulz, Weimar 1951, Bd. II, S. 276
- Eccius Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte, Gruchot 47 S. 51
- Eck, Ernst Vorträge über das BGB, herausgegeben von Rudolf Leonhard, 2. Aufl. Berlin 1903
- Eichler, Gustav Die Vertretung für denjenigen, den es angeht, Marburger Dissertation, 1931
- Endemann, Friedrich Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. 5. Aufl. Berlin 1899.
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart 1964
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zitiert: Erman - Verfasser, 5. Aufl. Münster 1972
- Fikentscher, Wolfgang Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154, S. 1
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Das Rechtsgeschäft, Berlin-New York 1965
- v.Gierke, Julius Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
- Glitza, Eva Die Versicherung für Rechnung "wen es angeht und entsprechende Rechtsinstitute im englischen, französischen und italienischen Recht", Hamburger Dissertation, 1964
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse, in Festschrift der Leipziger Jur. Fakultät für Dr. Heinrich Siber, Bd. II, Leipzig 1943
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Heymann, Ernst Der Handelsmakler, Ehrenb. Handb. V 1, 1 S. 437
- HGB-RGRK Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, zitiert: Verfasser in HGB-RGRK, 2. Aufl., Bd. III 1963 und Bd. V Berlin 1960

- Heymann-Kötter Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen,
4. Aufl. - 21. Gesamtaufl. Berlin-New York
1971, bearbeitet von Prof. Hans-Wilhelm
Kötter
- Korbmacher, Carl Heinz Das Selbstkontrahieren eines vollmachtlosen
Vertreters bei Durchführung einer Auflassung,
NJW 1950 S. 244
- Lange, Heinrich Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 1951, S. 445,
ebenda
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil, ein Studienbuch,
14. Aufl. München 1973
- Lange, Heinrich Sachenrecht des BGB, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1967
- Larenz, Karl BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. München 1975
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. Allgemeiner
Teil, 11. Aufl., München 1976
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl.
Heidelberg 1969
- Larenz, Karl Vertrag und Unrecht, Teil I und II, Hamburg
1936
- Larenz, Karl Das Verhältnis von Interpretation und
richterlicher Rechtsfortbildung, in Fest-
schrift für Olivecrona 1964
- Lehmann-Hoeniger Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. Berlin
1921
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches, von Prof. Heinrich Lehmann, neu
bearbeitet von Dr. Heinz Hübner, 15. Aufl.
Berlin 1966
- Lenel, Otto Stellvertretung und Vollmacht, Jherings
Jahrbuch 36 S. 1
- Lent, Friedrich Gibt es eine Vertretung in der Erklärung
bei zu beurkundenden Geschäften? DNotZ
1951 S. 151
- Lent-Schwab Sachenrecht, ein Studienbuch von Friedrich
Lent, fortgeführt von Karl-Heinz Schwab,
13. Aufl., München 1972
- Leonhard, Rudolf Der allgemeine Teil des BGB in seinem
Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechts-
wissenschaft, Berlin 1900

- Lorenz, Egon Anmerkung zu OLG Bremen NJW 1970 S. 1277
ebenda
- v. Lübtow, Ulrich Das Geschäft "für den es angeht" und so-
genannte "antizipierte Besitzkonstitut", ZHR
112 S. 227
- Manigk, Alfred Anmerkung zu RG JW 1921 S. 1309 ebenda
- Mannheim, Hermann Anmerkung zu RG (St) JW 1931 S. 540 ebenda
- Mitteis, Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung, Jena 1885
- Mordhorst, Günter Spareinlagen auf fremden Namen MDR 1956 S. 4
- Müller-Freienfels, Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen
1955
- Nikisch, Arthur Über "Faktische Vertragsverhältnisse", in Fest-
schrift für Hans Dölle, Bd. I S. 79, Tübingen
1963
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
2. Hb., 15. Aufl. Tübingen 1960
- Oertmann, Paul BGB, Allgemeiner Teil, Kommentar, 3. Aufl.
Berlin 1927
- Ohr, Günter Das Handeln unter fremdem Namen für den, den
es angeht, = Anmerkung zu OLG Koblenz MDR
1958 S. 688 in MDR 1959 S. 89
- Ohr, Günter Zur Anerkennung der verdeckten Stellver-
tretung, AcP 150 S. 525
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 35. Aufl.
München 1976
- Planck Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs-
gesetz, Kommentar Bd. I, 1. Aufl. Berlin
1897
- Planck-Flad Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil,
4. Aufl. Berlin, Leipzig 1913, Dritter
Abschnitt: Rechtsgeschäfte, komm. von Flad
- Enneccerus-Wolff-Raiser Sachenrecht, ein Lehrbuch, 10. Aufl.
Tübingen 1957
- Reinicke G. und Reinicke D. Anmerkung zu OLG Celle NJW 1955, S. 671,
ebenda
- Richter, Fritz Übereignung an "wen es angeht" in der Rechts-
sprechung des Reichsgerichts. Wie hilft das
französische Recht?, Göttinger Dissertation,
1928

Riesenfeld, Conrad Ernst	Der Civilmäkler, Beiträge zu der Lehre von den Agenten, Gruchot 37 S. 545
Rosenberg, Leo	Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
Rother, Werner	Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, in AcP 169 S. 1
Rühl, Helmut	Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930
Rümelin, Max	Das Handeln in fremdem Namen im BGB, AcP 93 S. 131
v. Savigny, Friedrich Carl	System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I - VIII, Berlin 1840, 41, 47, 48, 49
Schlegelberger-Hefermehl	FGB, Kommentar, 4. Aufl. Berlin, Frankfurt/Main 1966
Schmidt-Rimpler, Walter	Das Kommissionsgeschäft, Ehrenbergs Handbuch V 1, ; S. 477
Schuhmann, Hans	Handelsrecht Bd. II, Wiesbaden 1954
Siebert, Wolfgang	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
Siebert, Wolfgang	Faktische Vertragsverhältnisse, Jur. Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 41, 1958
Simitis, Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/Main 1957
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zitiert: Soergel-Verfasser, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 - 1975
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zitiert: Staudinger-Verfasser, 10./11. Aufl. Berlin 1956 - 1975
Stintzing, Wolfgang	Die Übertragung beweglicher Sachen, Leipzig 1911
Stoll, Heinrich	Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipz.Z. XVII, Jg. 1923
Stutz, Ulrich	Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht, Tübingen 1900
Thiele, Wolfgang	Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln-Berlin 1966

- | | |
|-------------------|---|
| Thönissen, Leo | Grundfragen des Verlöbnißrechts, Berlin 1964 |
| Titze, Heinrich | Anmerkung zu OLG Nürnberg JW 1925 S. 1891,
ebenda |
| v. Tuhr, Andreas | Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, Bd. I München, Leipzig 1910,
Bd. II 1 HB 1914, Bd. II 2. HB München,
Leipzig 1918 |
| Westermann, Harry | Sachenrecht, ein Lehrbuch, 5. Aufl. Karlsruhe
1966 |
| Wieacker, Franz | Anmerkung zu RAG DR 1942 S. 1652, ebenda |
| Wolf, Ernst | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
Lehrbuch, Köln, Bonn, Berlin, München 1973 |
| Wolf, Ernst | Lehrbuch des Sachenrechts, Köln, Bonn, Berlin,
München 1971 |

G L I E D E R U N G
=====

Einleitung	S. 1
------------	------

1. Teil	
Allgemeines	S. 3

§ 1

Der Begriff des "Geschäfts mit dem,den es angeht"	S. 3
---	------

A) Die Sachverhalte	S. 3
1. Allgemeines zu den Sachverhalten	S. 3
2. Die einzelnen Fälle	S. 5
B) Das Verhältnis der einzelnen Fälle untereinander	S. 16
1. Gemeinsame Merkmale	S. 16
2. Unterschiede	S. 19
C) Terminologie	S. 25
1. Die Bezeichnung der beteiligten Personen	S. 25
2. Das "Geschäft mit dem, den es angeht" in der Terminologie der herrschenden Meinung	S. 26
3. Kritik dieser Terminologie	S. 30
4. Eigene Terminologie	S. 33
D) Zusammenfassung	S. 35

§ 2

Grundsätzliches zur rechtlichen Problematik

A)	Das Erfordernis r e c h t s g e s c h ä f t - l i c h e n Handelns	S. 37
B)	Das Erfordernis der Einschaltung einer M i t t e l s p e r s o n	S. 39
	1. Die Rechtsnatur der Mittlerschaft	S. 39
	2. Kann der Mittler als Bote handeln ?	S. 43
	3. Die Zulässigkeit der Einschaltung eines Mittlers	S. 46
C)	Vertragsschluß mit einem n i c h t b e k a n n t e n bzw. n i c h t i d e n t i f i z i e r t e n V e r - t r a g s p a r t n e r	S. 48
	1. Grundsätzliche Zulässigkeit	S. 48
	2. Ausnahmsweise Unzulässigkeit	S. 50
D)	Zusammenfassung	S. 59

2. Teil

Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht"	S. 62
---	-------

§ 1

Allgemeiner Überblick über den Anwendungsbereich der Rechtsfigur	S. 62
---	-------

1. Ausgangsfälle	S. 62
2. Voraussetzungen für ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht"	S. 64
3. Zusammenfassung zu § 1	S. 67

§ 2

Die rechtliche Problematik des "verdeckten
Geschäfts mit dem, den es angeht "

S. 68

1. Rechtliche Einordnung der Rechtsfigur S. 68
2. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rechtsfigur S. 70
3. Zusammenfassung zu § 2 S. 72

§ 3

Die Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts
mit dem, den es angeht"

S. 72

- A) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen S. 72
 1. Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht"
beinhaltet eine teleologische Reduktion S. 72
 2. Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion S. 73
 3. Zusammenfassung zu A S. 75
- B) Enthält § 164 BGB eine verdeckte Lücke ? S. 76
 1. Die Argumentation der h.M. S. 76
 2. Die Gegenmeinung S. 78
 3. Die Konstruktion einer "Übereignung an den, den
es angeht" ist, mit Rücksicht auf das antezi-
pierte Konstitut überflüssig S. 79
 4. Die Fälle, in denen es auf einen unmittelbaren
Eigentumserwerb ankommt, rechtfertigen keine
Rechtsfortbildung S. 83
 5. Es besteht kein Grund, ein obligatorisches
"verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht"
zuzulassen S. 85
 6. Zusammenfassung zu B S. 88
- C) Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht"
unter Praktikabilitätsgesichtspunkten S. 89
 1. Steht § 433 BGB einer isolierten "Übereignung
an den , den es angeht" entgegen ? S. 89
 2. Wie unterscheidet man, ob verdeckte Stellver-
tretung oder ein Eigengeschäft des Mittlers
vorliegt ? S. 95

- | | |
|--|--------|
| 3. Wie können die Parteien vor Abschluß eines Geschäfts feststellen, ob die Voraussetzungen für eine verdeckte Stellvertretung vorliegen ? | S. 106 |
| 4. Zusammenfassung zu C | S. 118 |

3. Teil

- | | |
|--|--------|
| Das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" | S. 120 |
|--|--------|

A) Allgemeines	S. 120
----------------	--------

- | | |
|---|--------|
| 1. Begriffsbestimmung | S. 120 |
| 2. Die Bedeutung des "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht" | S. 123 |
| 3. Zusammenfassung zu A | S. 125 |

B) Rechtliche Problematik	S. 126
---------------------------	--------

- | | |
|---|--------|
| 1. Zulässigkeit | S. 126 |
| 2. Abgrenzung der Erscheinungsformen | S. 126 |
| 3. Wirksamwerden eines Vertrages mit einem Unbekannten | S. 129 |
| 4. Wirksamwerden eines Vertrages mit einem Unbestimmten | S. 131 |
| 5. Haftung des Mittlers nach § 179 | S. 136 |
| 6. Zusammenfassung zu B | S. 136 |

4. Teil

- | | |
|---|--------|
| Sonstige "Geschäfte mit dem, den es angeht" | S. 138 |
|---|--------|

§ 1

- | | |
|--|--------|
| Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten | S. 138 |
|--|--------|

A) Allgemeines zur Fallgruppe	S. 138
-------------------------------	--------

B) Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	S. 138
---	--------

- | | |
|--|--------|
| 1. Die Theorie des Reichsgerichts und der überwiegenden Literaturmeinung | S. 138 |
| 2. Die Meinung des BGH | S. 141 |
| 3. Die Meinung anderer Autoren | S. 142 |

C) Eigene Stellungnahme	S. 143
1. Die Ansicht, die ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" annimmt	S. 143
2. Die Theorie, die auf die Bezeichnung abstellt	S. 145
3. Die Meinung, die auf den "erkennbaren Willen" der Parteien abstellt	S. 146
D) Zusammenfassung	S. 147

§ 2

Die Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens"	S. 149
1. Allgemeines zur Fallgruppe	S. 149
2. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	S. 151
3. Die Meinung von Bettermann	S. 153
4. Eigene Meinung zu den "Geschäften mit einem Unternehmer"	S. 155
5. Zusammenfassung	S. 158
Schlußbemerkungen	S. 160

E i n l e i t u n g

Das Bedürfnis, seinen eigenen Rechtskreis dadurch zu erweitern, daß man eine andere Person rechtsgeschäftlich für sich tätig werden läßt, ist sehr alt. Trotzdem wurden die Grundlagen für das Stellvertretungsrecht des BGB erst in den dogmatischen Arbeiten des 19. Jahrhunderts gelegt, die ihrerseits auf Arbeiten der Naturrechtslehrer des 17. und 18. Jahrhunderts aufbauen (1). Vorher gab es im Privatrecht keine unmittelbare, gewillkürte Stellvertretung; im römischen Recht war sie sogar ausdrücklich verboten. Es galt der Satz "nec paciscendo legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest" (2), der eine direkte Stellvertretung ausschloß (3). An Stelle des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters, wie ihn das BGB vorsieht, gab es im römischen wie im deutschen Recht Personen, deren Handlungen mit Rücksicht auf ihren Status anderen Personen zugerechnet wurden, (der Sklave handelte für seinen Herren, der Hausangehörige für das Familienoberhaupt).

Diese Form einer vom Willen der handelnden Personen unabhängigen Vertretung steht im Widerspruch zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung des BGB, die der im 19. Jahrhundert entwickelten Repräsentations-Theorie folgt. Dennoch ist das Prinzip, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, das eine Person schließt, sozusagen "automatisch", d.h. von selbst und ohne daß der Handelnde dies subjektiv veranlaßt, bei einer anderen eintreten, auch in unserem heutigen Zivilrecht nicht völlig aufgegeben. Coing (4) verweist hier zu Recht auf die Surrogationsfälle des BGB. Vor allem ist ihm aber zuzugeben, daß der Gedanke einer gleichsam objektivierten Vertretung in der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" insbesondere beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" eine nicht unerhebliche Rolle spielt (5).

(1) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. 1 ff zu § 164; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 1 ff zu § 164; Müller-Freienfels, "Vertretung beim Rechtsgeschäft", S. 47 ff.

(2) D. 50. 17. 73

(3) Staudinger-Coing, Vorbem. 3 zu § 164.

(4) Staudinger-Coing, Vorbem. 2 zu § 164.

(5) Staudinger-Coing, aaO.

Gegenstand dieser Lehre sind Rechtsgeschäfte, die zwischen Parteien zustandekommen, die einander nicht kennen. Diese Besonderheit erschwert ihre Einordnung in die allgemeine Rechtsge-
schäftslehre und insbesondere in das Stellvertretungsrecht des BGB. Wenn § 164 BGB davon spricht, der Vertreter müsse -ausdrück-
lich oder konkludent (§ 164 I S. 2)- "im Namen" des Vertretenen
handeln, zeigt dies deutlich, daß die Verfasser der Vorschrift
nicht daran dachten, daß Verträge auch zwischen Parteien zustande-
kommen können, die einander unbekannt sind. Dies ist aber durchaus
möglich. Die Probleme, die im Zusammenhang mit solchen Rechtsge-
schäften entstehen, sind, mit Rücksicht auf die Verschiedenartig-
keit der einzelnen Sachverhalte, sehr vielschichtig.

Abgesehen davon, daß die Vertragspartner einander nicht kennen,
weisen die Verträge, um die es hier geht, nur noch eine augen-
scheinliche Besonderheit auf: sie werden immer über eine Mittels-
person und meist über einen Vertreter geschlossen. Dieser Umstand
läßt es vertretbar erscheinen, das "Geschäft mit dem, den es an-
geht," im Rahmen dieser Einführung vorerst als eine Rechtsfigur
zu klassifizieren, die rechtlich zwischen der direkten und der
indirekten Stellvertretung einzuordnen ist. Wie im Fall des
§ 164 BGB wirken die Handlungen des Mittlers nach h.M. unmittel-
bar für und gegen den Hintermann, obwohl dieser wie in den Fäl-
len indirekter Stellvertretung anonym bleibt und nur der Handelnde
nach außen hervortritt.

Diese Einordnung kann naturgemäß nur eine grobe Orientierungs-
hilfe darstellen. Präzisere Aussagen müssen den folgenden Aus-
führungen vorbehalten bleiben, in denen versucht wird, die ge-
samte Lehre darzustellen und kritisch zu untersuchen.

1. Teil

- Allgemeines -

§ 1

Der Begriff des "Geschäfts mit dem, den es angeht"

A) Die Sachverhalte

1. Allgemeines zu den Sachverhalten

Es gibt eine Reihe von Geschäften, bei denen dem einen oder auch beiden Kontrahenten die Person des Vertragspartners gleichgültig ist. Man denke nur an Kaufgeschäfte; die in großen Selbstbedienungsläden geschlossen werden oder an andere Massengeschäfte. Wenn solche Verträge über einen Vertreter abgeschlossen werden, unterläßt es dieser häufig, dem Gegner zu erkennen zu geben, daß er "im Namen des Vertretenen", wie es § 164 I S. 1 BGB vorschreibt, handelt und/oder wer sein Hintermann ist.

Für diese Art von Geschäften enthält das BGB keine besonderen Regeln. Auf die hieraus resultierende Problematik ist man bereits früh aufmerksam geworden (6); sie war der Anlaß für die Entwicklung der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht", mit der man vor allem die Frage zu lösen sucht, ob und wann in solchen Fällen ein Vertrag zwischen dem Erstkontrahenten und dem anonymen Hintermann zustande kommt (7). Zunächst fand diese Lehre überwiegend Zustimmung (8). Heute stößt das "Geschäft mit dem, den es angeht" dagegen, insbesondere in der jüngeren Lehrbuchliteratur, auf zunehmende Skepsis (9).

(6) Vgl. z.B. Cosack, "Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches", I.Bd., 2.Aufl. S. 217; Eck, "Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches", Bd. I, 2. Aufl. herausgegeben von R. Leonhard, S. 179; Lenel, "Stellvertretung und Vollmacht", Jherings Jrhb. 36, S. 1 ff (9); R. Leonhard, "Der allgemeine Teil des BGB in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft", S.364.

(7) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. 44 zu § 164.

(8) Siehe Seite 4

(9) Siehe Seite 4

Dies gilt vor allem für den Sonderfall des sogenannten "verdeckten Geschäftes mit dem, den es angeht", das von den genannten Autoren ausnahmslos abgelehnt wird. Maßgeblich beeinflusst wurde die Kritik an der gesamten Lehre von Flume (10), der sich in der neueren Literatur am ausführlichsten mit dem "Geschäft mit dem, den es angeht" auseinandersetzt. Flume ist der Meinung, es gäbe geradezu einen "Mythos" des "Geschäfts mit dem, den es angeht", der abzulehnen sei, da hierfür nach geltendem Recht kein Raum sei (11).

Da die vorstehend umrissene Problematik bei den verschiedensten Rechtsgeschäften entsteht, werden unter dem Begriff "Geschäft mit dem, den es angeht" in der Literatur sehr unterschiedliche Sachverhalte erfaßt (12). Gemeinsam ist ihnen, daß regelmässig ein rechtsgeschäftliches Handeln für einen Geschäftsherrn vorliegt, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Geschäftspartner nicht bekannt ist, wobei sich der Gegner dieser Tatsache jedoch nicht bewußt sein muß.

-
- (8) Vgl. neben den in Fußnote (6) zitierten älteren Autoren z.B. Baur, § 51 VII 3; K.-H. Capelle, S. 121 f; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3c; Fikentscher, AcP 154, S. 1 ff (20 f); Hoffmann, JuS 70, S. 234, 451, 570; Lange, BGB AT, § 46 IV 3c; Lange, Sachenrecht, § 50 IX; Lehmann-Hübner § 36 IV 2c; Lent-Schwab, § 30 V; v. Lübtow, ZHR 112, S. 227 ff; Müller-Freienfels, aaO S. 21 f; Schuhmann, HGB Bd. II, § 14 III 2 b (b); Westermann, § 42 IV 3 (e); Bandasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Johansen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12 a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 29 ff zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 44 ff (49) zu § 164.
- (9) Enn.-Wolff-Raiser, § 66 I 1b; Flume, § 44 II (2); Larenz AT, § 30 II b; Wolf, Allg. Teil § 13 D V und Sachenrecht, § 5 A VIII e; ablehnend auch Heymann-Kötter, HGB, Anm. 5 zu § 383.
- (10) Das Rechtsgeschäft II, § 44 II 2c.
- (11) aaO.
- (12) Dieser Umstand wird heute überwiegend erkannt, vgl. z.B. Flume, § 44 II; Larenz AT, § 30 II b; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 30 zu § 164.

Damit lassen sich drei wesentliche Elemente aller "Geschäfte mit dem, den es angeht" herausstellen:

- a) es handelt sich hierbei immer um Rechtsgeschäfte und nicht z.B. um reine Realakte (13);
- b) der Abschluß erfolgt durch eine Mittelsperson (14);
- c) dem Erstkontrahenten ist im Zeitpunkt des Vertragschlusses nur die Mittelsperson, nicht aber sein eigentlicher Vertragspartner bekannt (15).

Im Mittelpunkt der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" steht die zuletzt erwähnte Besonderheit. Hierdurch unterscheiden sich die hier zu erörternden Sachverhalte auch am augenscheinlichsten von anderen Rechtsgeschäften.

2. Die einzelnen Fälle

Die Sachverhalte, bei denen die Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" oder, wie Cohn (16) sagt, vom "Handeln für den, den es angeht" angewendet wird, lassen sich in verschiedene Fallgruppen untergliedern. In der Literatur werden insbesondere folgende Sachverhalte unterschieden:

-
- (13) Einhellige Meinung; so ausdrücklich schon Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", S. 12 f und insbes. in Fußnote 1 zu S. 13.
 - (14) Die Tatsache, daß ein "Geschäfts mit dem, den es angeht" nur durch einen Mittler geschlossen werden kann, wird überwiegend als so selbstverständlich angesehen, daß sie nur sehr vereinzelt besonders erwähnt wird, so z.B. von Bettermann, "Vom stellvertretenden Handeln", S. 80.
 - (15) Vgl. Larenz AT, § 30 II b.
 - (16) Vgl. seine Monographie "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht".

a) Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht", (17) insbesondere die "Übereignung an den, den sie angeht"(18):

aa) Der Hauptanwendungsfall der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" ist die Übereignung von Mobilien bei Barkäufen (19). Bei diesen Geschäften will man über die Grundsätze der "Übereignung an den, den es angeht" einen unmittelbaren Eigentumserwerb des anonym bleibenden Geschäftsherrn an der Ware auch dann annehmen, wenn sein "Vertreter" (20) beim Vertragsschluß nicht zu erkennen gibt, daß er nicht für sich selbst handelt, wenn also im Sinne der herkömmlichen Stellvertretungslehre eine "verdeckte" oder "indirekte Stellvertretung" vorliegt (21).

(17) Larenz, aaO. § 30 II b bezeichnet die Fälle als "verdeckte Geschäfte für den, den es angeht".

(18) Diese Sachverhalte werden u.a. auch "Übereignung für wen sie angeht" genannt, vgl. z.B. von Lübtow in seinem Aufsatz "Das Geschäft für wen es angeht und das sogenannte antezipierte Besitzkonstitut", ZHR 112, S. 227 ff.

(19) Vgl. aus der Literatur: Baur, § 51 VII 3; Lent-Schwab § 30 V; Ratz in HGB-RGRK Anm. 33 zu § 383 und insbes. Anm. 12a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383; Schuhmann, Handelsrecht, Bd. II, § 14 III 2 b (b); Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Westermann, § 42 IV 3 (e), derselbe in Erman-Westermann, Anm. 19 zu § 164 und Anm. 26 f zu § 929; G. Bandasch, HGB, Anm. 7d zu § 384; Capelle, Handelsrecht, B § 13 IV 3; Baumbach-Duden Anm. 3D zu § 383; Fikentscher, AoP 154, S. 1 ff (20 f); Lange, Allg. Teil § 46 IV 3c; Lange, Sachenrecht, § 50 IX; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c; v. Lübtow, ZHR, 112 S. 227 ff (239 f); Enn.-Nipperdey § 179 III 3c; Palandt-Degenhart, Anm. 5a bb zu § 929; Palandt-Heinrichs Anm. 1a zu § 164; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 31 zu § 164;

aus der Rspr.: RG in Gruch 47 S. 987; RG JW 1928 S. 561 (9); RGZ 99 S. 208; RGZ 100 S. 190; RGZ 109 S. 168; RGZ 119 S. 66; RGZ 140 S. 223; OLG Celle in NJW 1955 S. 671 mit -jedenfalls hinsichtlich der Anwendbarkeit der Grundsätze des Geschäfts mit dem, den es angeht- zustimmender Anmerkung von G. und D. Reinicke; wohl auch BGH NJW 1955 S. 587 = WM 1955 S. 462.

(20) Ob die Mittelsperson als Vertreter im Sinne der §§ 164 ff BGB angesehen werden kann, sei hier dahingestellt.

(21) Von Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383 wird das "Geschäft mit dem, den es angeht" ausdrücklich als "verdeckte Stellvertretung" bezeichnet.

Hierfür zwei Beispiele, an denen schon Eck (22) die Problematik der Fälle erläuterte und von denen das letztere in der Literatur eine gewisse Berühmtheit erlangt hat (23).

- i) Ein Pferd, das ein Kutscher für seinen Prinzipal gekauft hat, soll selbst dann nicht in seinen (des Kutschers) Nachlaß fallen, wenn der Kutscher stirbt, während das Tier noch in seinem Stall steht.
- ii) Der Hausherr soll nach § 771 ZPO auch dann Widerspruchsklage erheben können, wenn silberne Löffel, die seine Haushälterin für ihn mit seinem Geld gekauft hat, bei dieser noch vor der Ablieferung gepfändet werden.

Ergänzend ist zu den Beispielen noch anzufügen, daß in beiden Fällen davon auszugehen ist, daß für die Verkäuferer nicht erkennbar war, daß der Kutscher bzw. die Haushälterin nicht im eigenen Namen handelten (24). Außerdem spielt es nach der heute in Literatur und Rechtsprechung weit überwiegenden Auffassung für die Annahme eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" keine Rolle, ob die Mittelsperson in einem Angestelltenverhältnis zum Geschäftsherrn steht oder nicht (25). An der rechtlichen Beurteilung der Fälle ändert sich also nichts, wenn man annimmt, daß die Einkäufe von irgendwelchen Bekannten des jeweiligen Geschäftsherrn für diesen getätigt wurden.

-
- (22) Eck, "Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches", Bd. I, 2. Aufl., herausgegeben von R. Leonhard, S. 179.
- (23) Das Beispiel von der "Löffelkaufenden Hausdame" fehlt praktisch in keiner Abhandlung zum "Geschäft mit dem, den es angeht". Auf die Berühmtheit des Beispiels verweisen u.a. ausdrücklich Staudinger-Coing, Vorbem. 44 zu § 164 und schon der Herausgeber der Eck'schen Vorträge, R. Leonhard, in seiner Anmerkung zu dem Fall.
- (24) Deshalb bezeichnet Larenz diese Fälle auch als "verdeckte Geschäfte für den, den es angeht"; vgl. Allg. Teil § 30 II b.
- (25) a.A. Flume, § 44 II 2.d.

In diesen Fällen nimmt die h. M. in Literatur und Rechtsprechung an, daß dem Veräußerer gleichgültig sei, wer Eigentümer der verkauften Ware werde und daß er deshalb "an den, den es angeht", in den Beispielfällen also an den jeweiligen Geschäftsherren (Prinzipal) übereigne (26).

- bb) Ausgehend von der These, daß das "entscheidende Kriterium" für die Annahme eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" darin besteht, "ob es dem Veräußerer gleichgültig ist, mit wem er abschließt, ob mit dem Mittler oder dem Geschäftsherren"(27), wird in der Literatur vielfach angenommen, der Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur sei nicht auf das dingliche Erwerbsgeschäft beschränkt (28). Vielmehr komme es auch bei schuldrechtlichen Verträgen vor, daß es den Erstkontrahenten nicht interessiere, wer sein Gegner sei. Als Beispiel für solche "Fälle mangelnden Offenheitsinteresses" (29) werden vor allem die sogenannten (Kauf-) "Bargeschäfte des täglichen Lebens" (30) genannt.

26) Vgl. die in vorstehender Anm. (8) angeführten Nachweise, insbes. Enn.-Nipperdey § 179 III 3c; Westermann, § 42 IV 3 (e); Soergel - Schultze-von Lasaulx Vorbem. 37 ff zu § 164; RGZ 140 S. 229.

27) v. Lübtow, ZHR 112 S. 240 m.w.N.

28) Vgl. z.B. v. Lübtow, ZHR 112, S. 239 f; Fikentscher, "Scheinvollmacht und Vertreterbegriff" AcP 154 S. 1 ff (20 f); R. Hoffmann, JuS 1970 S. 234 ff, 451 ff, 570 ff; Ohr, "Zur Anerkennung der verdeckten Stellvertretung" AcP 150. 525 ff; Müller-Freienfels, "Vertretung beim Rechtsgeschäft", S. 21 f; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3c; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 36 IV 2c; Lange, Allg. Teil, § 46 IV 3c; Lange, Sachenrecht § 50 IX; G. Bandasch, HGB, Anm. 7d zu § 384; K.-H. Capelle, Handelsrecht, B § 13 IV 3; Baumbach-Duden, 3 D zu § 383; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 21 ff zu § 164; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Palandt-Degenhart, Anm. 5a bb zu § 929 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a zu § 164.

29) Diese Bezeichnung verwendet Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164.

30) Dieser Ausdruck hat sich allgemein eingebürgert, vgl. z.B. Flume, § 44 II; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a zu § 164; RGZ 140 S. 229 spricht von "Kaufgeschäften-", der BGH im sog. "Volkswagensparaturteil" NJW 1955 S. 587 = WM 1955 S. 462 nur von "Geschäften des täglichen Lebens" Enn.-Nipperdey gebrauchen die Bezeichnung "Bargeschäfte des Alltags."

Folglich kommt diese Literaturmeinung in dem Beispielsfall von der "Löffelkaufenden Haushälterin" zu dem Ergebnis, daß der Verkäufer die Löffel nicht nur unmittelbar an den Hausherrn übereignet (31), sondern auch den Kaufvertrag mit diesem abgeschlossen hat (32). In dem anderen Eck'schen Beispiel würde sie dagegen wohl annehmen, daß nur hinsichtlich der Übereignung ein "Geschäft mit dem, den es angeht" vorliegt. Eine Anwendung dieser Rechtsfigur auch auf das Kausalgeschäft müßte hier daran scheitern, daß der Kauf eines Pferdes regelmässig Vertrauenssache ist (33), bei der die wechselseitigen Beziehungen der Parteien zueinander eine zu große Rolle spielen, als daß unterstellt werden könnte, die Vertragspartner seien aneinander persönlich nicht interessiert (34).

Die Rechtsprechung allerdings ist mit der Anwendung dieser Grundsätze sehr zurückhaltend. Abgesehen vom Sonderfall der Einzahlung auf ein Sparkassenbuch ist keine Entscheidung ersichtlich, in der ein schuldrechtlicher Vertrag "mit dem, den es angeht" angenommen worden wäre. Der BGH erkennt im "Volkswagensparerrurteil" (35) zwar grundsätzlich an, daß obligatorische "Verträge für Rechnung dessen, den es angeht" möglich sind. Er läßt aber ausdrücklich

(31) Vgl. vorstehenden Abschnitt aa).

(32) So ausdrücklich z.B. von Lübtow, aaO, S. 24 F; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c (S. 310).

(33) Vgl. hierzu RGZ 99 S. 209, wo angenommen wird, daß dem Verkäufer eines Pferdes im Regelfall nicht einmal gleichgültig ist, wer Eigentümer werde und die Gleichgültigkeit im konkreten Fall nur damit begründet wird, daß der Verkäufer hier "Luxuspferde mit dem Bewußtsein" verkaufte, "daß der Erwerber sie nicht behalten, vielmehr weiterveräußern wolle".

(34) a.A. v. Lübtow, aaO, S. 241, der offensichtlich annimmt, dem Verkäufer wäre die Person seines Vertragspartners bei jedem Barkauf gleichgültig.

(35) NJW 1955 S. 587 ff (590).

dahingestellt, "ob eine solche rechtliche Betrachtung für Verträge, die über den Rahmen der Geschäfte des täglichen Lebens hinausgehen, überhaupt in Betracht kommen kann" und verwendet sie in der Entscheidung auch nicht. Das RG hat ein "Geschäft mit dem, den es angeht" grundsätzlich nur beim dinglichen Geschäft angenommen (36).

b) Das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" (37).

aa) Von den vorstehend besprochenen Fällen des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" werden die Sachverhalte unterschieden, in denen eine Mittelsperson beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes zwar zu erkennen gibt, daß sie nicht im eigenen Namen handelt, dem Kontrahenten jedoch nicht mitteilt, wer der Vertretene ist. Auch diese Fallgruppe soll in zwei Beispielen verdeutlicht werden (38).

1) Ein Auktionator versteigert Gemälde für einen Privatmann, der nicht als Eigentümer in Erscheinung treten will, weil er von einem Bekanntwerden der Veräußerung nachteilige Folgen befürchtet. Bei der Versteigerung wird bekanntgegeben, daß ein Aufschlag von 10% auf den Steigpreis dem Auktionator zufällt.

(36) Vgl. z.B. RG Gruch 47 S. 987; RG JW 1928 S. 561 (9); RGZ 99 S. 208; RGZ 100 S. 190; RGZ 109 S. 168; RGZ 119 S. 66; RGZ 140 S. 223; a.A. - die Anwendbarkeit auch für das Kausalgeschäft bejahend - nur ein Strafsenat des RG in JW 1931 S. 540 mit (auch hinsichtlich der zivilrechtlichen Ausführungen) zustimmender Anmerkung von Mannheim.

(37) Die Bezeichnung ist in Anlehnung an Larenz gebildet, der, aaO, § 30 II b, zur begrifflichen Unterscheidung der Sachverhalte von den Fällen verdeckter Stellvertretung von einem "offenen Geschäft für den, den es angeht" spricht.

(38) Die Beispiele sind zwei Fällen nachgebildet, die Cohn in seiner Monographie "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht" neben anderen als Ausgangspunkt für seine Erörterungen dienen - vgl. aaO S. 1 f.

- ii) Ein grösseres Unternehmen will verschiedene Grundstücke erwerben. Da es damit rechnet, daß bei einem Bekanntwerden seiner Pläne die Preise für die Grundstücke stark steigen würden, will es anonym bleiben. Es bedient sich daher eines Vertreters, der gegenüber den Grundstückseigentümern, mit denen er verhandelt, auftragsgemäß zu erkennen gibt, daß er in fremdem Namen handelt, ihnen aber verschweigt, wen er vertritt.

Ein solches erkennbares "Handeln unter Offenhaltung des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes" (39) soll nach allgemeiner Meinung zulässig sein (40).

- bb) Diesen Fällen werden von der überwiegenden Meinung, zumindest soweit die Zulässigkeit des Abschlusses in Frage steht, die Sachverhalte gleichgestellt, in denen die Mittelsperson erkennbar für einen Hintermann handelt, der erst nach Vertragsabschluß von ihr oder auch durch objektive Umstände bestimmt wird (41).

- i) Ein Beispiel für eine solche Fallgestaltung findet sich schon bei Rümelin (42): Ein Reisemarschall bestellt in einem Gasthof Zimmer für eine Gesellschaft von 12 Personen, läßt aber noch offen, welcher Reisende welches Zimmer erhält.

(39) So wird das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" von Cohn, aaO, S.12 f definiert.

(40) Vgl. statt vieler: aus der Literatur z.B. Enn.-Nipperdey, § 178 II 2; Larenz, aaO, § 30 II b; Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Vorbem. 33 ff zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; aus der Repr. z.B. BGH JZ 1957 S. 441 = LM Nr. 2 zu § 179; RG JW 1936 S. 1952 (Nr. 4); OLG Hbg. Seuff. A. 76 Nr. 49.

(41) Vgl. neben den in vorstehender Anm. (40) genannten Nachweisen auch Rümelin, aaO, S. 221 ff; Flume, § 44 II 2a; Cohn, aaO, S. 45 f, der die Zulässigkeit eines solchen Abschlusses eingehend begründet; auch in der Repr. ist die Zulässigkeit eines Handelns für einen unbestimmten Geschäftsherrn anerkannt - vgl. z.B. BGH WM 61 S. 1381; RG JW 1929 S. 1648; OLG Jena Recht 1904 Nr. 878; OLG Hbg. MDR 1955 S. 234.

(42) aaO, S. 222 .

- ii) Ferner sei hier auf einen Fall verwiesen, den Cohn u.a. als Ausgangspunkt für seine Erörterungen wählt (43):

Ein Kunde bestellt bei U, der als abschlußberechtigter Handelsvertreter mehrere kleine Wollwarenfabriken vertritt, einen großen Posten eines bestimmten Artikels. Um alsbald zu einem Abschluß zu gelangen, nimmt U die Bestellung sofort an, mit dem Hinweis, daß er den Auftrag auf mehrere der von ihm vertretenen Hersteller nach deren augenblicklicher Lieferkapazität verteilen werde, um so eine rasche Abwicklung zu ermöglichen.

- cc) Bei beiden Fällen des "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht", nimmt die h.M. an, daß im Grunde eine normale offene Stellvertretung vorliege (44), mit der Folge, daß lediglich der Hintermann, nicht aber der Handelnde aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet werden soll (45). Deshalb will Schultze-v. Lasaulx bei diesen Sachverhalten auch nicht von einem "echten Geschäft für den, den es angeht" sprechen. Seiner Auffassung nach liegt hier ein "unechtes Geschäft für den, den es angeht" vor (46).

- c) Das sogenannte "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" (47).

Es kommt häufig vor, daß ein Kunde mit einem Unternehmer abschließen will, die Verhandlungen und den Abschluß

(43) aaO, S. 2 f.

(44) Vgl. statt vieler nur Flume, § 44 II 2a; Larenz, aaO, § 30 II b; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.

(45) Zu diesem Ergebnis gelangen auch die Autoren, von denen die Beispielsfälle stammen - vgl. Rümelin, aaO, S. 222; Cohn, aaO, S. 56 ff.

(46) Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 30 und 37 zu § 164.

(47) Diese Bezeichnung für die hier zu erörternde Fallgruppe verwendet E. Lorenz in seiner Anm. zu OLG Bremen, NJW 1970 S. 1277.

in concreto aber mit einem Gehilfen tätig, der nicht zu erkennen gibt, daß er nicht selbst der Betriebsinhaber ist. Als Paradebeispiel für einen solchen Sachverhalt führt das Reichsgericht im 95. Band, S. 188 ff (190) folgenden Fall an:

Ein Kunde kauft in einem Tabakladen Zigarren. Anstelle des Geschäftsinhabers kontrahiert mit ihm ein Angestellter, der nicht im eigenen Namen handelt.

Ein sog. "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" kommt aber keineswegs nur bei Kleinkäufen in Ladengeschäften in Betracht, wie folgender, ebenfalls vom RG (48) entschiedener Sachverhalt zeigt:

Der Ehemann einer Gutsbesitzerin verwaltet für seine Frau deren landwirtschaftlichen Betrieb. Im Rahmen dieser Tätigkeit hat er Gemüsepflanzen eingekauft. Dem Verkäufer war bewußt, daß die Pflanzen für das Gut bestimmt waren, er nahm jedoch an, daß der Mann, der eine gegenteilige Absicht nie zu erkennen gab, im eigenen Namen handelte. Unter Berufung auf die Grundsätze, die bei sog. "Geschäften mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" gelten, nahm das RG in der zitierten Entscheidung an, daß der Kaufvertrag mit der Ehefrau, der Gutsbesitzerin, zustande gekommen sei.

In allen diesen Fällen eines "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" (49) nimmt die h.M. an, daß der Betriebsinhaber

(48) RG JW 1921 S. 1309 ff.

(49) So wird die Fallgruppe von Bettermann, "Vom stellvertretenden Handeln", S. 35, bezeichnet.

Vertragspartner des Kunden wird (50). Hierbei ist zu beachten, daß die gebräuchlichen Bezeichnungen für diese Fallgruppe in zweifacher Hinsicht irreführend sind. Für ein sog. "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" oder ein "Kontrahieren im Gewerbebetrieb" ist es weder ausreichend noch erforderlich, daß mit dem Bevollmächtigten eines Gewerbetreibenden oder in einem Gewerbebetrieb kontrahiert wird (51). Ein solches Geschäft liegt vielmehr immer, aber auch nur dann vor, wenn der Bevollmächtigte eines Unternehmers (im weitesten Sinn (52)) in dieser Eigenschaft im Rahmen des Geschäftsbetriebes mit einem Kunden, Lieferanten etc. kontrahiert.

- Der Unternehmer muß, um nach den Grundsätzen des sog. "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" verpflichtet zu werden, nicht notwendig ein Gewerbe im Rechtssinne (53)

-
- (50) Vgl. statt vieler nur: Larenz, aaO, § 30 II b; Enn.-Nipperdey, § 178 II 2b; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 33 zu § 164; Staudinger-Coing, Anm. 12a zu § 164; aus der Rspr. vor allem (neben den Entscheidungen, denen die Beispielsfälle entnommen wurden) RGZ 67 S. 149; BGH BB 1957 S. 104; OLG Celle NJW 1963 S. 1253.
- (51) Auf eines dieser beiden Kriterien wird bei der Beschreibung und/oder Bezeichnung dieser Fallgruppe regelmässig abgestellt - vgl. z.B. neben Lorenz und Bettermann, von denen die im Text verwendeten Bezeichnungen stammen, Enn.-Nipperdey, § 178 II 2b; Staudinger-Coing, Anm. 12a zu § 164; Erman-Westermann Anm. 18 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 4 zu § 164; OLG Celle, Betr. 1963 S. 547; OLG Celle NJW 1973 S. 1253.
- (52) Der Begriff des "Unternehmers" wie er hier gebraucht wird, entspricht dem Unternehmerbegriff, von dem das UStG ausgeht (§ 1 UStG).
- (53) Vgl. zum Begriff des Gewerbes § 6 GewO.

betreiben. Dies ist allgemein anerkannt, wie der vom RG entschiedene Beispielsfall zeigt, bei dem Gemüsepflanzen für einen landwirtschaftlichen Betrieb gekauft wurden (54).

- Andererseits liegt nicht alleine deshalb schon ein sog. "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" vor, weil der Geschäftsherr "Gewerbetreibender" oder besser "Unternehmer" ist. Wenn man z.B. das obige Beispiel (55) von dem Ehemann, der das Gut seiner Frau verwaltet, dahingehend abwandelt, daß dieser ein Sport-Coupé kauft und hierbei nicht zu erkennen gibt, daß er als Vertreter seiner Frau handeln will, dann wird die Gutsbesitzerin jedenfalls nicht nach den Grundsätzen des sog. "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" Vertragspartei (56).

Damit der Fall eines "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" vorliegt, ist vielmehr, wie vorstehend schon dargelegt wurde, erforderlich, daß das Rechtsgeschäft von dem Vertreter im Rahmen des Geschäftsbetriebes des vertretenen Unternehmers für diesen abgeschlossen wird. Ein "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" läge also vor, wenn man das Beispiel vom Gutsverwalter (nochmals) dahingehend abwandelt, daß dieser z.B. einen Mähdrescher für das Gut seiner Frau kauft.

(54) Vgl. das vorstehend wiedergegebene Beispiel und die Entscheidung RG JW 1921 S. 1309. Diese Entscheidung fand, soweit ersichtlich, in der Literatur allgemeine Zustimmung; vgl. z.B. die Anmerkung von Manigk zu dem Urteil, ferner Enn.-Nipperdey, Fußnote 27 zu § 178; Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Vorbem. 33 zu § 164.

(55) Vgl. oben Seite 15

(56) Ob die Ehefrau hier nach den Grundsätzen des "verdeckten Geschäfts, mit dem, den es angeht" - vgl. oben lit. a) dieser Ziffer - als Partei des dinglichen und/oder schuldrechtlichen Geschäftes anzusehen ist, sei in diesem Zusammenhang dahingestellt.

Die Sachverhalte, die gemeinhin als "Geschäfte mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" oder Fälle eines "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" bezeichnet werden, werden daher in der vorliegenden Arbeit künftig als "Geschäft innerhalb eines Unternehmens" oder als Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" angesprochen. Diese Bezeichnungen sind nach der hier vertretenen Auffassung weniger irreführend und stärker an den tatsächlichen Merkmalen der Fallgruppe ausgerichtet, als die gebräuchlichen Termini.

B) Das Verhältnis der einzelnen Fälle untereinander

1. Gemeinsame Merkmale

Allen drei Fallgruppen, die unter dem Oberbegriff "Geschäft mit dem, den es angeht" erfaßt werden, ist, wie eingangs schon herausgestellt wurde, gemeinsam, daß eine Mittelperson ein Rechtsgeschäft für einen Geschäftsherrn abschließt, der dem Gegner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt ist.

Darüber hinaus verbinden die einzelnen Fallgruppen noch folgende gemeinsame Merkmale:

a) Das verdeckte und das offene "Geschäft mit dem, den es angeht":

Die heute weit überwiegende Meinung in der Literatur unterscheidet scharf zwischen diesen beiden Fallgruppen (57). Hierbei wird m.E. übersehen, daß sich die Sachverhalte in zwei Punkten sehr ähneln.

- Da ist zunächst einmal der oben schon als allgemeines Merkmal aller "Geschäfte mit dem, den es angeht" erwähnte Umstand, daß der Erstkontrahent nicht weiß, mit

(57) Vgl. statt vieler nur Flume, § 44 II (Ziff. 1 und 2); Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Soergel - Schultze v. Lasaulx, Vorbem. 30 zu § 164; mit Einschränkung auch Larenz AT, § 30 II b.

wem er abschließt. Diese Unkenntnis beruht im Gegensatz zum "Geschäft innerhalb eines Unternehmens" nicht nur auf einer irrtümlichen Verwechslung des Vertreters mit dem Vertretenen durch den Gegner, sondern auf der (bewußten) "Offenhaltung(bzw.Verschleierung) des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes" (58) durch den Mittler.

- Ferner ist beiden Fallgruppen gemeinsam, daß der Erstkontrahent auf sein Recht verzichtet hat, sich seinen Vertragspartner selbst auszuwählen. Dieser geäußerte oder zu unterstellende Verzicht ist die Voraussetzung dafür, daß ein "offenes" oder "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" vorliegen kann.

Aus den genannten, wesentlichen Gemeinsamkeiten ergibt sich m.E. auch das Verhältnis der beiden Fallgruppen zueinander:

Sowohl der Abschluß eines "offenen", als auch die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" setzen voraus, daß der Erstkontrahent darauf verzichtet hat, seinen Vertragspartner selbst auszuwählen. Bei dem "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" kommt als zusätzliche Problematik noch hinzu, daß dieser Verzicht, oder, um der gebräuchlichen Terminologie zu folgen, die "Gleichgültigkeit" des Geschäftspartners bezüglich der Person des Vertragsgegners (59) nicht erklärt wird, sondern unterstellt werden muß.

(58) Vgl. die Definition des "Geschäfts mit dem, den es angeht" von Cohn, aaO, S. 12 f.

(59) Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164. Die Ausdrucksweise, daß dem Erstkontrahenten beim "Geschäft mit dem, den es angeht" die Person des Geschäftsherrn gleichgültig sei, hat sich allgemein eingebürgert, vgl. statt vieler nur Flume, § 44 II 10; Larenz aaO § 30 II b; Enn.-Nipperdey § 179 III 30; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a zu § 164.

In beiden Fällen läßt die Mittelsperson die Person des Hintermannes offen. Beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" gibt sie darüber hinaus nicht einmal zu erkennen, daß sie selbst nur Mittelsperson ist.

Auch hier enthält das "verdeckte" gegenüber dem "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" also eine zusätzliche Besonderheit. Es wird nicht nur offengelassen, wer der Hintermann ist, sondern auch, daß es einen solchen gibt. Damit ist festzustellen, daß das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" rechtlich gesehen im Grunde nur ein durch zusätzliche Besonderheiten angereicherter "Spezialfall" des "offenen" ist (60). Der Auffassung, die hier unter Berufung auf die unterschiedliche rechtliche Problematik, die im folgenden noch eingehend untersucht werden wird, "zwei ganz verschiedenen gelagerte Fallgruppen" (61) annimmt, kann demnach nicht zugestimmt werden.

- b) Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" und das "Geschäft innerhalb eines Unternehmens":

Abgesehen von den bereits mehrfach betonten Merkmalen, die bei allen "Geschäften mit dem, den es angeht" vorliegen, ist diesen beiden Fallgruppen gemeinsam, daß die Mittelsperson den Erstkontrahenten nicht darüber aufklärt, daß

-
- (60) Dieser Gedanke klingt in der Literatur insbes. bei Rümelin, aaO, S. 222 ff (S. 224) an, der bei seiner Lösung der Fälle verdeckter Stellvertretung ausdrücklich vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" ausgeht. Auch Larenz scheint der hier vertretenen Ansicht zu sein, wenn er, ausgehend vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" ausführt: "Bei beiderseits sofort erfüllten Barkäufen geht die h.L. sogar noch einen Schritt weiter...." - vgl. aaO, § 30 II b (S. 490).
- (61) Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164. Von "ganz verschiedenartigen Fällen" spricht auch Flume, aaO, § 44 II 1 (S. 765). Vgl. ferner die in vorstehender Anm. (57) genannten Autoren, die ebenfalls die Gemeinsamkeit der Fallgruppen übersehen.

sie nicht im eigenen Namen tätig wird (62). Wenn man nur auf das Auftreten und die Äusserungen des Handelnden abstellt, dann erweckt dieser im Gegenteil in beiden Fällen den Eindruck, als solle er persönlich Vertragspartei werden (63).

- c) Das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" und das "Geschäft innerhalb eines Unternehmens":

Bei den Sachverhalten dieser beiden Fallgruppen lassen sich außer den Merkmalen, die alle Fälle des "Geschäfts mit dem, den es angeht" auszeichnen, keine tatsächlichen Gemeinsamkeiten feststellen (64).

2. Unterschiede

- a) Dingliches und obligatorisches Geschäft:

Vor allem bei der Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" wird von der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur zu Recht scharf zwischen dinglichen

-
- (62) Beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" wird diese Eigenart besonders klar von Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 37 zu § 164 herausgestellt, bei den "Geschäften innerhalb eines Unternehmens" wird dieses Merkmal besonders in den Entscheidungen RGZ 67 S. 148; OLG Celle, Betr. 1963 S. 547 deutlich.
- (63) Diese äussere Ähnlichkeit der beiden Fallgruppen führte dazu, daß sie in der älteren Literatur gemeinsam behandelt und zu lösen versucht wurden; vgl. insbes. Lenel, "Stellvertretung und Vollmacht", Jherings Jhrb. 36, S. 1 ff; Rümelin, "Das Handeln in fremden Namen im BGB", AcP 93, S. 229.
- (64) Die wesentlichen Unterschiede, die zwischen den beiden Fallgruppen schon in tatsächlicher Hinsicht bestehen, werden m.E. zu Recht vor allem von Cohn -aaO S. 6 f- betont. A.A. Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 30 und 37 zu § 164, der beide Fälle als sogenannte "Geschäfte mit zunächst unbestimmten oder unbenannten" (= offene Geschäfte mit dem, den es angeht) "oder nicht identifizierten" (= Geschäfte innerhalb eines Unternehmens) "Geschäftsherrn" (Vertretenen) derselben Gruppe der "unechten Fälle des Geschäfts mit dem, den es angeht" zuordnet.

und obligatorischen Geschäften unterschieden (65).

Selbst wenn man von der unterschiedlichen rechtlichen Konstruktion eines dinglichen und eines obligatorischen Vertrages hier einmal absieht (66), liegt auf der Hand, daß im Regelfall der Person des Vertragspartners bei einer Übereignung eine andere Bedeutung zukommt, als bei einem schuldrechtlichen Geschäft. Dies ergibt sich schon aus den unterschiedlichen Folgen dieser Verträge:

- Die Übereignung führt, als dingliches Rechtsgeschäft, zu einer Rechtsänderung (67) ; ihr "fehlt jedoch jedes verpflichtende Element" (68).
- Durch den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages entsteht dagegen zwischen den Parteien eine "Sonderverbindung" (69), die Rechte und Pflichten der einen gegenüber der anderen beinhaltet.

-
- (65) Vgl. aus der Literatur Baur, § 51 VII 3; Lent-Schwab, § 30 V; Westermann, § 42 IV 3e; Fikentscher, AoP 154 S. 1 ff (20) f; Lange BGB Allg. Teil, § 46 IV 3c; Lange Sachenrecht § 50 IX; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 36 IV 2c; v. Lübtow aaO S. 239 f; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3c; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a, bb zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem 39 zu § 164; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12a zu § 366; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383 ; Kuhn im BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164, der sich im Ergebnis ausdrücklich der Ansicht von Enn.-Nipperdey und v. Lübtow anschließt. Aus der Rspr. insbesondere RGZ 100 S. 190 und RGZ 140 S. 229.
- (66) Die hieraus resultierende Problematik, die von der h.M. fast völlig übersehen wird, wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch eingehend untersucht werden.
- (67) Baur, § 5 II 2.
- (68) Baur aaO.
- (69) Enn.-Lehmann, § 1 I.

Während es dem Erstkontrahenten häufig gleichgültig sein kann, wer Eigentümer der übereigneten Sache wird, muß er, zumindest im Regelfall, daran interessiert sein, zu wissen, wem gegenüber er berechtigt und verpflichtet ist (70).

- b) Verdecktes "Geschäft mit dem, den es angeht" und "Geschäft innerhalb eines Unternehmens":

Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Fallgruppen besteht m.E. in folgenden Gesichtspunkten:

Die Annahme eines verdeckten "Geschäfts mit dem, den es angeht" setzt, wie schon dargelegt wurde (71), nach h.M. grundsätzlich voraus, daß dem Gegner die Person seines Vertragspartners "gleichgültig" ist, daß er also keinen auf eine bestimmte Person gerichteten Abschlußwillen hat, sondern bei ihm ein "animus incertus" (72) vorliegt (73). Dagegen geht andererseits die h.M. bei der Begründung ihrer Auffassung, daß bei Verträgen, die im Rahmen seines Unternehmens geschlossen werden, grundsätzlich der Inhaber berechtigt und verpflichtet wird, von der gegenteiligen Annahme aus, daß in diesen Fällen ein konkreter Wille des Kunden vorhanden ist,

(70) Mit dieser Begründung wird vielfach die Möglichkeit eines "verdeckten obligatorischen Geschäfts mit dem, den es angeht", überhaupt abgelehnt. - Vgl. z.B. Baur, Sachenrecht, § 1 VII 3; Westermann, Sachenrecht, § 42 IV 3 (e); Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, § 69 III 3 b; Lent-Schwab, Sachenrecht, § 30 V; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 33 zu § 383 und insbes. Anm. 12a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anm. 59 zu § 383; Schuhmann, Handelsrecht, Bd. II, § 14 III 2 b (b).

(71) Vgl. oben A 2a bb (S. 8 ff).

(72) Der Ausdruck "animus incertus" wird vor allem in der älteren Literatur verwandt, vgl. z.B. Rümelin, aaO, z.B. S. 227.

(73) Dies ist die völlig einhellige Meinung der Anhänger der Lehre von verdeckten "Geschäften mit dem, den es angeht" - vgl. statt aller nur Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 37 ff (41) zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a zu § 164; von Lübtow, aaO, S. 263 f, insbesondere S. 264 (lit. c); RGZ 100 S. 190 ff (192); RGZ 140 S. 223 ff (229); BGH NJW 1955 S. 587 ff (590).

das Geschäft (ausschließlich) mit dem Unternehmer zu tätigen (74). Damit setzen die beiden Fallgruppen im subjektiven Bereich also beim Erstkontrahenten jeweils genau die entgegengesetzte Willensrichtung voraus.

Aber auch objektiv gesehen liegen ihnen, wie insbesondere Schultze - v. Lasaulx m.E. zu Recht hervorhebt (75), ganz verschiedene Sachverhalte zu Grunde:

Beim "Kontrahieren innerhalb eines Unternehmens" kommt auch objektiv, für jeden Dritten -zumindest, wenn man hier einmal die h.L. als zutreffend unterstellt- nur eine Person, der Inhaber, als Geschäftsherr in Betracht. In den Fällen, die die Voraussetzungen für ein solches Geschäft erfüllen, ist offensichtlich und meist, z.B. wenn die Verhandlungen im Geschäftslokal des Unternehmens abgeschlossen werden, auch aus den äusseren Umständen erkennbar, daß mit dem Unternehmer kontrahiert werden soll; dieser ist nur noch nicht genügend identifiziert (76).

Beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" kommen dagegen, wie Schultze - v.Lasaulx zutreffend betont, immer mindestens zwei verschiedene Personen als Geschäftsherren in Betracht: Da hier den äusseren Umständen nicht entnommen werden kann, ob der Handelnde im eigenen oder im fremden Namen tätig wird, ist immer offen, ob er selbst oder sein Hintermann Vertragspartei sein soll (77).

-
- (74) Vgl. z.B. RGZ 95 S. 188 ff (190); BGH BB 1957, S. 1014, aus der Literatur: Flume § 44 I; Erman-Westermann, Anm. 18 zu § 164; Staudinger-Coing, Anm. 12a zu § 164; Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 33 zu § 164.
- (75) Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 37 zu § 164.
- (76) Auf das Merkmal der mangelnden Identifizierung des Geschäftsherrn verweisen in der Literatur z.B. Cohn, aaO, S. 6 und Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 32 zu § 164.
- (77) So ausdrücklich auch Schultze - von Lasaulx, Vorbem. 37 zu § 164.

- c) Das "offene" und die "sonstigen Geschäfte mit dem, den es angeht";

Am deutlichsten unterscheidet sich das "offene" von den anderen "Geschäften mit dem, den es angeht" in der Erkennbarkeit der Mittlerstellung des Handelnden. Im Gegensatz zu den anderen Fällen bringt die Mittlerperson beim "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" deutlich, im Regelfall sogar ausdrücklich zum Ausdruck, daß sie für einen anderen, den Geschäftsherrn, tätig wird.

Ein Unterschied besteht auch insoweit, als bei dieser Fallgruppe der Gegner bewußt darüber im Unklaren gelassen wird, wer sein Vertragspartner ist.

Im Gegensatz hierzu weiß der Erstkontrahent in den Fällen des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" - zumindest wenn man hier einmal die Ansicht der h.M. als zutreffend unterstellt - sehr genau, mit wem er abschließt. Die Theorie vom "Geschäft innerhalb eines Unternehmens" wird ja gerade auf die These gestützt, "daß in einem solchen Fall.... der Wille des Käufers unzweifelhaft" dahin geht, "das Geschäft nicht mit einem beliebigen Angestellten, sondern mit dem Prinzipal abzuschliessen" (78). Unklar ist dem Kunden in

-
- (78) Das Zitat stammt aus RGZ 95 S. 188 ff (190). Diese Ansicht entspricht der praktisch einhelligen Meinung, die auch von Soergel-Schultze= von Lasaulx geteilt wird, s. Vorbem. 33 zu § 164. Vgl. außerdem z.B. Staudinger-Coing, Anm. 12 a zu § 164; Erman-Westermann, Anm. 18 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 4 zu § 164; Flume aaO, § 44 I (= 764); Larenz, aaO, § 30 II b (S. 489 f) - jeweils mit weiteren Nachweisen -; ablehnend steht dieser Auffassung in der Literatur soweit ersichtlich nur Bettermann, aaO, S. 35 gegenüber. Auch in der Rspr. wird diese Theorie ganz überwiegend gebilligt, so schon für das gemeine Recht RGZ 30, S. 77; vgl. ferner z.B. RGZ 67, S. 148; BGH BB 1957, S. 1014, wo der Anwendungsbereich allerdings sehr weit ausgedehnt wird; einschränkend, aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB heraus, OLG Nürnberg JW 1925, S. 1891 mit einer, bezüglich der Einschränkung kritischen Anmerkung von Titze; anderer Ansicht als das OLG Nürnberg ist auch das OLG Celle, Betr. 1963, S. 547; wohl ablehnend gegenüber den Grundsätzen OLG Bremen NJW 1970 S. 1277 - das Gericht hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem an sich die Voraussetzungen für die Annahme eines "Geschäfts mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" vorgelegen hätten. Gleichwohl wird ein Handeln für den Geschäftsinhaber abgelehnt, ohne daß die Theorie auch nur erwähnt wird. Vgl. zu der Entscheidung auch die kritische Anm. von Lorenz.

diesem Fall lediglich die Identität seines Vertragspartners, sei es weil er den Handelnden für den Unternehmer hält (79), sei es weil er beim Abschluß mit einem Gesellschafter nicht weiß, daß das Geschäft von einer Handelsgesellschaft betrieben wird (80). Aus dem Umstand, daß beim "Kontrahieren innerhalb eines Unternehmens" die Person des Geschäftsherrn im Gegensatz zum "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" nicht, zumindest aber nicht absichtlich, verheimlicht wird, ergibt sich noch ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Fallgruppen, auf den schon Cohn hingewiesen hat (81):

Während nämlich bei letzterer Fallgruppe der Erstkontrahent regelmässig auf die Mitwirkung des Mittlers angewiesen ist, wenn er erfahren will, wer sein Vertragspartner ist (82), kann er bei einem "Geschäft innerhalb eines Unternehmens" die Identität des Gegners -und nur hinsichtlich dieser bestehen ja, wie vorstehend dargelegt wurde, Zweifel- jederzeit selbst feststellen, ohne daß er hierzu irgendwelcher fremder Hilfe bedürfte.

Anders als in den Fällen des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" weiß der Erstkontrahent beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" nicht, mit wem er abschließt (83). Insoweit besteht kein Unterschied zum offenen Geschäft. Während die Unkenntnis des Gegners bei dieser Fallgruppe jedoch gewollt ist, entsteht sie im letzteren Fall unbeabsichtigt. Beim verdeckten "Geschäft mit dem, den es

-
- (79) Dieser Tatbestand lag den Entscheidungen RGZ 67, S. 148 und OLG Celle, Betr. 1963 S. 1891 zugrunde. Vgl. auch die oben schon erwähnte Entscheidung RG JW 1921 S. 1309.
- (80) Der Sachverhalt wurde von RG - RGZ 30, S. 77 für das gemeine Recht entschieden; an den dort aufgestellten Grundsätzen wird auch für das BGB festgehalten - so ausdrücklich Staudinger-Coing, Anm. 12 a zu § 164; vgl. auch BGH, BB 1957 S. 1014.
- (81) aao. S. 7
- (82) Etwas anderes gilt nur, wenn der Geschäftsherr durch objektive Umstände und ohne Mitwirkung des Handelnden bestimmt wird, wie z.B. in dem vom OLG Celle, MDR 1951 S. 612, entschiedenen Fall.
- (83) Vgl. Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 37 zu § 164.

angeht" will der Handelnde dem Erstkontrahenten die Person des Geschäftsherrn nicht verheimlichen, er handelt hier nur deshalb nicht ausdrücklich "im Namen des Vertretenen" (§ 164 I), weil er dies für überflüssig hält (84).

C) Terminologie

1. Die Bezeichnung der beteiligten Personen

In den zur Rede stehenden Sachverhalten sind regelmäßig mindestens drei Personen am Vertragsschluß beteiligt. Der Erstkontrahent auf der einen und der anonyme Geschäftsherr mit seinem Mittler auf der anderen Seite (85).

Zur Vermeidung unklarer Umschreibungen erscheint es angebracht, die verschiedenen Beteiligten im weiteren Verlauf der Arbeit einheitlich zu benennen. In Anlehnung an Cohn (86) wird deshalb künftig die anonyme Vertragspartei immer als "Geschäftsherr" oder als "Hintermann" des "Mittlers" oder des "Handelnden" bezeichnet; den bekannten Teil nenne ich im folgenden stets "Erstkontrahent" oder "(Vertrags-)Gegner". An dieser Benennung wird bei allen Sachverhalten festgehalten. Daraus folgt, daß z.B. Käufer und Verkäufer je nach der erörterten Fallgruppe verschieden tituliert werden: Bei der "Übereignung an den, den es angeht", ist der Verkäusserer der Erstkontrahent; bei den "Geschäften innerhalb eines Unternehmens" ist er dagegen der (anonyme) Geschäftsherr. Schließlich sei noch klargestellt, daß in dieser Arbeit mit der Bezeichnung "Mittler" oder "Handelnder" stets der Gehilfe des Geschäftsherrn gemeint ist und nie der Vertreter des Gegners.

(84) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. 44 zu § 164.

(85) Es ist natürlich auch denkbar, daß auch der Erstkontrahent über einen Vertreter handelt oder daß beide Parteien einander unbekannt sind. Diese Sachverhalte spielen in der folgenden Erörterung jedoch keine Rolle. Sie werden deshalb hier außer acht gelassen.

(86) Vgl. seine Monographie "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht".

2. Das "Geschäft mit dem, den es angeht" in der Terminologie der herrschenden Meinung

- a) In der Literatur und in der Rechtsprechung werden für die Fälle, die hier unter dem Ausdruck "Geschäft mit dem, den es angeht" zusammengefaßt werden, sehr unterschiedliche Bezeichnungen verwandt. Soweit ersichtlich, sind derzeit allein in der Literatur zehn verschiedene Termini gebräuchlich (87). Auch in der Rechtsprechung ist die Terminologie nicht einheitlich (88).

-
- (87) 1. Von einem "Geschäft für den, den es angeht" sprechen z.B. folgende Autoren:
Larenz, aaO, § 30 II b; Flume, aaO, § 44 II; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Wolf, BGB Allg. Teil, § 13 D V; Lent-Schwab, § 30 V; Soergel-Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 29 ff zu § 164"
2. von einem "Handeln für den, den es angeht" sprechen z.B. Rümelin, aaO, S. 223; Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht"; Lange, BGB Allg. Teil, § 164 IV 3 c; Staudinger-Coing, Vorbem. 44, 49 zu § 164; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164;
3. von einer "Übereignung an den, den es angeht" sprechen: Baur, aaO, § 51 VII 3; Schumann, Handelsrecht II, § 14 III 2 b (b); Ratz in HGB-RGRK Anm. 12a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383; Johannsen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929;
4. von einer "Übereignung an wen es angeht" sprechen: Enn.-Wolff-Raiser, § 66 I 1 b; Baumbach-Duden, Anm. 3D zu 383;
5. von einem "Geschäft für wen (oder: den) es angeht" sprechen: v. Lübtow, ZHR 112 S. 239 f; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c, der auch die Bezeichnung "Abschluß für wen es angeht" verwendet;
6. von "verdeckter Stellvertretung" sprechen: J.v. Gierke, Handelsrecht, § 69 III 3 b; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; auch Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383 verwendet diesen Ausdruck neben der Bezeichnung "Übereignung an wen es angeht" - vgl. oben 4.;
7. Heymann-Kötter, Anm. 5 zu § 383 gebraucht die Bezeichnung "Veräußerung an den, den es angeht";
8. Westermann, Sachenrecht, § 42 IV 3 (e) spricht von einem "Geschäft wen es angeht";
9. Palandt-Heinrichs verwendet den Ausdruck "Vertrag für den es angeht";
10. Bandasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384, schließlich spricht von einem "Erwerb für den, den es angeht".

- (88) Das RG sprach überwiegend von Fällen "verdeckter Stellvertretung" - vgl. z.B. RGZ 100 S. 192; RGZ 140 S. 229; der BGH spricht im sog. "Volkswagenparurerurteil" - vgl. NJW 1955 S. 590 von den "Verträgen für Rechnung dessen, den es angeht"; in OLG Celle, NJW 1955 S. 671 taucht der Terminus "Geschäft wen es angeht", den auch Westermann verwendet, auf, und in einer Entscheidung des AG Hbg., NJW 1971 S. 103 wird von einem "Vertrag für wen es angeht", gesprochen.

- b) Gemeinsam ist den meisten der gebräuchlichen Bezeichnungen, daß überwiegend von einem Geschäft bzw. Handeln, Vertrag etc. "für den...." oder "für wen es angeht" gesprochen wird. Diese Ausdrucksweise geht offensichtlich auf Rümelin zurück, der bei den angesprochenen Sachverhalten als erster von einem "Handeln für den, den es angeht" spricht (89).
- c) Die somit festzustellende sprachliche Verwirrung wird dadurch noch vergrößert, daß in der Literatur und in gewissem Maße auch in der Rechtsprechung nach wie vor nicht klar ist, bei welchen Sachverhalten man überhaupt von einem "Geschäft mit dem, den es angeht" sprechen kann.
- aa) So nimmt die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung an, daß es sich bei den "Geschäften innerhalb eines Unternehmens" um eine eigene Fallgruppe handelt, die von den "übrigen" "Geschäften mit dem, den es angeht" auch begrifflich zu unterscheiden ist (90).
- bb) Am stärksten eingeschränkt wird der Anwendungsbereich der Bezeichnung von denjenigen, die im Anschluß an das RG (91)

(89) AcP 93 (Jahrgang 1902) S. 131 ff (218 ff) vgl. z.B. S. 232.

(90) So ausdrücklich schon Cohn, aaO. S. 6 f. Im übrigen ist abgesehen von Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 33 zu § 164, der diese Fälle als einen Unterfall des "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht" ansieht, kein Autor ersichtlich, der die Fälle des "Kontrahierens im Gewerbebetrieb" nicht von den Fällen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" trennt, vgl. z.B. Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164 und Anm. 8 zu § 164. Erman-Westermann, Anm. 18 und 19 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a und 4 zu § 164; Enn.-Nipperdey, § 178 II 2 b und § 179 III 3 c; Flume, aaO, § 44 I und II. Eine vermittelnde Stellung nehmen ein: Larenz, § 30 II b, der das "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" zwischen der "normalen Stellvertretung" und dem "Geschäft für den, den es angeht" einordnet und Staudinger-Coing, Anm. 12a zu § 164, der die beiden Fallgruppen zwar ebenfalls trennt, im übrigen aber der Ansicht ist, daß die rechtliche Behandlung der beiden Sachverhalte durch die h.M. auf denselben Gedanken beruht.

(91) Vgl. insbes. RGZ 140, S 223 ff (229), das RG spricht allerdings nicht von einem "Geschäft mit dem, den es angeht", sondern von Fällen "verdeckter Stellvertretung".

ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur dann annehmen, wenn bei einer Übereignung verdeckte Stellvertretung vorliegt (92).

- cc) Im Gegensatz dazu fassen verschiedene Autoren, darunter z.B. Larenz (93), mit Ausnahme der Gruppe der "Geschäfte innerhalb eines Unternehmens" alle Fälle, in denen ein Mittler für einen unbekannten Geschäftsherrn handelt, gleich ob die Fremdbezogenheit des Kontrahierens erkennbar ist oder nicht, unter dem Oberbegriff des "Geschäfts

z.B. Baur, aaO, § 51 VII 3; Schumann, aaO, § 14 III 2 b (b) ; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12 a zu § 366 und 33 zu § 383; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383 - diese Autoren sprechen auch, von ihrem Standpunkt aus folgerichtig, von einer "Übereignung an den, den es angeht" (vgl. oben Fußnote (87) Ziff.3); derselben Auffassung - allerdings ohne dies in der gewählten Bezeichnung zum Ausdruck zu bringen (vgl. oben Fußnote (87)) - sind auch: Aus der Literatur: Enn.-Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 66 I 1 b ; J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffsfahrtsrecht § 69 III 3 b; Lent-Schwab, Sachenrecht, § 30 V ; Wolf, Allg. Teil, § 13 D V; Wolf, Sachenrecht, § 5 A VIII e; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; H. Westermann, Sachenrecht, § 42 IV 3 e; vgl. aber auch seine Erläuterungen bei Erman, BGB, Anm. 26 f zu § 929, wo Westermann ausdrücklich die Grundsätze des "Geschäfts mit dem, den es angeht" in Ausnahmefällen auch auf das obligatorische Grundgeschäft anwenden will und endlich seine Ausführungen in Erman, BGB, Anm. 19 zu § 164, wo er unter Hinweis auf Staudinger-Coing (Vorberurteilung 47 ff zu § 164) ausdrücklich ausführt, "grundsätzliche Bedenken bestehen gegen die Einbeziehung des Grundgeschäftes nicht". Diese theoretische Erweiterung des Anwendungsbereichs der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" wird von Westermann aber dann aus tatsächlichen Gründen (- beim Veräußerer soll in der Regel keine Gleichgültigkeit vorliegen -) wieder eingeschränkt und die Anwendbarkeit bei schuldrechtlichen Geschäften auf "Ausnahmefälle" beschränkt.

Aus der Rechtsprechung vgl. neben der bereits zitierten Entscheidung RGZ 140, S. 223, RG in Gruch 47 S. 987; JW 1928 S. 561 (9); RGZ 99 S. 208, 100 S. 190, 109 S. 168; ferner OLG Celle in NJW 1955 S. 671 mit, jedenfalls hinsichtlich der Annahme eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" zustimmender Anm. von G. und D. Reinicke.

- (93) aaO, § 30 II b; Larenz spricht allerdings von einem "Geschäft für den, den es angeht".

für den, den es angeht" zusammen (94).

- dd) Zwischen diesen beiden begrifflichen Extremen liegen einmal diejenigen, die wie Schultze = v.Lasaulx von einem ("echten") "Geschäft für den, den es angeht" (95) in Fällen äußerlich nicht erkennbarer Fremdbezogenheit des Handelns sprechen wollen, also alle verdeckten Geschäfte (obligatorische und dingliche) erfassen (96), und zum anderen Coing, der im Anschluß an Cohn (97) diesen Terminus nur beim "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" gebrauchen will (98).

- (94) Flume, aaO, § 44 II; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c; Erman-Westermann, Anm. 19 zu § 164; wohl auch AG Hbg, NJW 1971, S. 103, das bei einem "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" von einem "Vertrag für wen es angeht" spricht. Rümelin, aaO, der im Gegensatz zu den vorher genannten Autoren auch die "Geschäfte innerhalb eines Unternehmens" mit einbezieht - vgl. aaO S. 229.
- (95) Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 30 und 37 zu § 164.
- (96) Müller-Freienfels, "Die Vertretung beim Rechtsgeschäft", S. 21 f; Ohr, AcP 150, S. 525 ff; v. Lübtow, ZHR 112, S. 227 ff; Fikentscher, AcP 154, S. 20 f; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 o; Lange, BGB Allg. Teil, § 46 IV 3 o; Lange, Sachenrecht, § 50 IX; Capelle, Handelsrecht, BG 13 IV 3; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Johannsen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929 BGB; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Bandasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384. In diesem Sinne wird die Bezeichnung wohl auch vom BGH verwandt, vgl. BGH NJW 1955 S. 590.
- (97) AaO, S. 5 und S. 12 f, wo Cohn das "Geschäft mit dem, den es angeht" - das Cohn allerdings als "Handeln für denjenigen, den es angeht", bezeichnet - dahingehend definiert, "daß es ein rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes ist".
- (98) Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164, der bei den Sachverhalten, bei denen verdeckte Stellvertretung vorliegt von "Fällen mangelnden Offenheitsinteresses" sprechen will.

3. Kritik dieser Terminologie

a) Die unterschiedlichen Definitionen:

Schon allein die Tatsache, daß man darüber streitet, welche Sachverhalte als "Geschäft mit dem, den es angeht" bezeichnet werden können, ist nicht erfreulich. Die Auseinandersetzung um die richtige Verwendung des Begriffs "Geschäft mit dem, den es angeht" ist für die Klärung der rechtlichen Probleme, die bei dieser Rechtsfigur auftreten, nur hinderlich: Sie führt zu Mißverständnissen (99) und drängt teilweise die Erörterung der Rechtsfragen in den Hintergrund. So werden z.E. in den Großkommentaren Soergel-Siebert und Staudinger die begrifflichen Fragen wesentlich ausführlicher behandelt, als die juristischen (100).

Was im übrigen die verschiedenen terminologischen Differenzierungen angeht, die zwischen den einzelnen Fallgruppen vorgenommen werden, so scheinen diese sämtlich unnötig und außerdem inkonsequent zu sein.

Zunächst ist nicht einzusehen, warum nicht sämtliche Verträge zwischen Parteien, die einander nicht kennen, unter dem Oberbegriff "Geschäft mit dem, den es angeht" zusammengefaßt werden. Der Umstand, daß sich die einzelnen Sachverhalte nicht unwesentlich von einander unterscheiden, schließt die Verwendung einer einheitlichen Sammelbezeichnung w. E. nicht aus.

Wenn man aber schon differenziert, dann müßte man konsequenterweise allen (wesentlichen) Unterschieden begrifflich Rechnung tragen, d.h. für jede einzelne Fallgruppe eine besondere Bezeichnung gebrauchen.

(99) Vgl. Soergel = Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 30 ff zu § 164 einerseits und Staudinger-Coing, Vorbem. 44 ff zu § 164 andererseits.

(100) So wird z.B. Coing, m.E. eindeutig zu Unrecht, von Larenz -aa0, § 30 II b- zu den Gegnern der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" gerechnet; an gleicher Stelle zählt Larenz Schultze-v.Lasaulx dagegen zu ihren Befürwortern.

Die Terminologie der h.M. aber, die, wie oben gezeigt wurde (101), nur bestimmte Fallgruppen gegeneinander abgrenzt und andere trotz der auch hier bestehenden Unterschiede zusammenfaßt, erscheint inkonsequent und sachlich nicht gerechtfertigt.

b) Die einzelnen Bezeichnungen:

Wenn man die vorstehend wiedergegebenen Bezeichnungen (102), mit denen einzelne oder mehrere der hier zur Rede stehenden Fälle überschrieben werden, einer eingehenderen Betrachtung unterzieht, dann stellt man zunächst fest, daß es sich bei den meisten um offensichtliche stilistische Entgleisungen handelt. So ist nur schwer einzusehen, was Westermann (103) und das OLG Celle (104) veranlaßt haben kann, von einem "Geschäft, wen es angeht" zu sprechen. Genauso sind Formulierungen wie "Geschäft (oder "Vertrag") für den (oder "wen") es angeht" (105), "Übereignung an wen es angeht" (106) oder "Vertrag für Rechnung wen es angeht" (107) sprachlich vielleicht originell, aber grammatikalisch falsch und nur schwer verständlich.

Auch die übrigen Bezeichnungen, die sich in Rechtsprechung und Literatur finden (108), halten überwiegend einer kritischen Überprüfung nicht stand.

Eine Ausnahme -vom rein sprachlichen Standpunkt her betrachtet- machen hier nur diejenigen, die, wie z.B. Baur (109) und die überwiegende handelsrechtliche Literatur (110), ein

(101) Vgl. oben Ziff. 2 c dieses Abschnitts (S. 27 ff).

(102) Vgl. oben Ziff. 1 a dieses Abschnitts (S. 25).

(103) Westermann, § 42 IV 3 (e).

(104) OLG Celle, NJW 1955 S. 671.

(105) Diese Bezeichnung findet sich z.B. bei v.Lübtow, aaO, S.239 f; bei Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c und in der Entscheidung des AG Hbg. in NJW 1971 S. 102.

(106) Diese Formulierung gebrauchen Enn.-Wolff, § 66 I 1 b und Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383.

(107) Hiervon spricht Glitza in seiner Dissertation, Die Versicherung für Rechnung "wen es angeht".

(108) Vgl. hierzu den Überblick in obigen Fußnoten (87) und (88).

(109) aaO, § 51 VII 3.

(110) Vgl. z.B. Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12 a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383; Schuhmann, aaO, § 14 III 2 b (b).

"Geschäft mit dem, den es angeht" nur dann annehmen, wenn eine verdeckte Stellvertretung bei der Übereignung vorliegt und in diesen Fällen von einer "Übereignung an den, den es angeht" sprechen.

Begrifflich falsch und darüberhinaus sehr verwirrend ist es dagegen, wenn teilweise alle "verdeckten Geschäfte mit dem, den es angeht", also sowohl die obligatorischen, wie die dinglichen, unter der Überschrift "Übereignung an den, den es angeht" zusammengefaßt werden (111). Bei diesem Sprachgebrauch kann man im konkreten Fall häufig nicht feststellen, ob sich die Ausführungen auf das dingliche Geschäft oder (auch) auf den Kausalvertrag beziehen (112). Auch die gebräuchlichsten Bezeichnungen, die Begriffe "Geschäft" bzw. "Handeln für den, den es angeht" sind m.E. sprachlich falsch. "Für" den, den es angeht, könnte nämlich nur der Mittler handeln oder ein Geschäft abschliessen. Der Handelnde wird aber regelmässig gerade nicht für "den, den es angeht", sondern für einen bestimmten Geschäftsherrn tätig, der ihm bekannt ist (113).

Nicht bekannt ist "der, den es angeht" nur dem Erstkontrahenten. Dieser handelt (oder "erwirbt" (114)) aber nicht "für" den Geschäftsherrn, sondern er kontrahiert "mit" dem, den es angeht.

(111) So aber Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929.

(112) Vgl. z.B. Johannsens Erläuterungen zum "Geschäft mit dem, den es angeht" in BGB-RGRK, Anm 35 zu § 929. Dem Text kann zumindest nicht eindeutig entnommen werden, ob der Kommentator bei Kreditgeschäften ein obligatorisches "Geschäft mit dem, den es angeht" zulässt oder nicht.

(113) Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen der Mittler für einen objektiv noch nicht bestimmten Geschäftsherrn tätig wird, wie in den oben unter Abschnitt A Ziff. 2 b (bb) angeführten Beispielen von Rümelin und Cohn.

(114) Vgl. z.B. Bandasch, HGB, Anm. 7d zu § 384, der nicht von einem "Geschäft" bzw. "Handeln....", sondern von einem "Erwerb für den, den es angeht" spricht.

4. Eigene Terminologie

- a) Schon im bisherigen Verlauf der Arbeit wurde immer von einem "Geschäft mit dem, den es angeht" gesprochen. Dabei wurde dieser Ausdruck als Oberbegriff für sämtliche in Frage kommenden Sachverhalte gebraucht. Hieraus ergibt sich zwanglos die Terminologie dieser Arbeit: Unter einem "Geschäft mit dem, den es angeht" werden hier alle die Fälle verstanden, in denen jemand durch einen Mittler mit einem Gegner einen Vertrag schließt, der ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht kennt (115).

Soweit dies nicht zu unterstellen ist, muß der Erstkontrahent seine Unkenntnis ausdrücklich oder stillschweigend in Kauf genommen haben.

- b) Die Bezeichnung "Geschäft mit dem, den es angeht" wurde aus verschiedenen Gründen gewählt:

Zunächst war bei der Formulierung zu berücksichtigen, daß diese mit Rücksicht auf die hier vertretene weite Definition für eine Reihe verschiedener Rechtsgeschäfte, insbesondere sowohl für dingliche als auch für obligatorische Verträge passen muß. Schon deshalb kamen sprachlich engere Ausdrücke wie "Übereignung an den, den es angeht" nicht in Betracht.

Unter den hiernach zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kommt m.E. bei der gewählten Bezeichnung trotz der erforderlichen Kürze die wesentliche Eigenart, die den erfaßten Sachverhalten gemeinsam ist, nämlich die mehr oder weniger große Gleichgültigkeit des Erstkontrahenten gegenüber der Person (oder der Identität) seines Vertragspartners am deutlichsten zum Ausdruck.

(115) Die (Rechts-)Frage, ob ein solcher Abschluß zwischen dem nicht bekannten oder nicht identifizierten Geschäftsherrn und dem Gegner bei allen in Frage kommenden Sachverhalten tatsächlich zustande kommt, ob also das Geschäft zwischen diesen Parteien geschlossen wird, soll hier bei der Terminologie noch dahingestellt bleiben. Diese Frage wird später noch eingehend untersucht werden.

Schließlich spricht für den Ausdruck "Geschäft mit dem, den es angeht", daß er sich von dem mittlerweile stark eingebürgerten Terminus "Geschäft für den, den es angeht" nur geringfügig unterscheidet. Damit wird die Gefahr vermieden, die ohnehin bestehende begriffliche Verwirrung noch weiter zu vergrößern. Warum hier von einem Geschäft "mit" und nicht von einem "Geschäft für den, den es angeht" gesprochen wird, ergibt sich schon aus obiger Kritik an dieser Formulierung.

- c) Auch die, gegenüber der Terminologie der h.M. sehr weite Definition des "Geschäfts mit dem, den es angeht" wurde bewußt gewählt:

Zum einen erfordert m.E. schon die Aufgabenstellung dieser Arbeit, die die Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" insgesamt erörtern will, die Einführung einer umfassenden Sammelbezeichnung für alle Rechtsfiguren, die diesem Komplex zugerechnet werden können.

Demgegenüber erscheint es weder didaktisch noch, wie oben aufgezeigt wurde, sachlich gerechtfertigt, einzelne Fallgruppen begrifflich aus dem Kreis der "Geschäfte mit dem, den es angeht" auszuschneiden.

Darüberhinaus verstärkt nach der hier vertretenen Auffassung die Terminologie der Lehre und der Rechtsprechung mit ihrer oft willkürlichen Unterscheidung zwischen einzelnen "Geschäften mit dem, den es angeht", die Gefahr, daß auch sachlich Gleiches ungleich behandelt wird. Zumindest aber führt sie zu einer Aufsplitterung der Lehre und zu unübersichtlichen Darstellungen ihrer wesentlichen Aussagen.

Durch die Einführung einer gemeinsamen Sammelbezeichnung für die einzelnen Fälle des "Geschäfts mit dem, den es

angeht" sollen hier aber keinesfalls, auch nicht terminologisch, die tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede verwischt werden, die zwischen ihnen bestehen. Diesen wird schon dadurch Rechnung getragen, daß die Hauptgruppen der "Geschäfte mit dem, den es angeht" getrennt erörtert werden. Darüberhinaus werden innerhalb des Kreises dieser Geschäfte schon aus didaktischen Gründen die einzelnen Fallgruppen mit Unterbezeichnungen angesprochen werden. Der Einfachheit halber und um die vor allem in der Literatur ohnehin schon bestehende sprachliche Verwirrung nicht noch zu vergrößern, wird hierbei so weit als möglich auf Bezeichnungen zurückgegriffen, die entweder bereits verwendet werden, oder die sich zumindest an eingebürgerte Ausdrücke anlehnen.

So wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit zwischen "offenen" und "verdeckten Geschäften mit dem, den es angeht" und unter den letzteren zwischen "Übereignungen an den, den es angeht" und "obligatorischen Geschäften mit dem, den es angeht" unterschieden werden; die Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" werden ebenso gesondert erörtert werden, wie die Frage, wer bei "Einzahlungen auf Sparkassenbücher" Gläubiger des Kreditinstitutes wird.

D) Zusammenfassung

1. Im Gegensatz zur h.M., die den Anwendungsbereich des "Geschäftes mit dem, den es angeht", -zum Teil sogar erheblich- enger begrenzt, wird hier immer dann von einem solchen Geschäft gesprochen, wenn jemand (der Geschäftsherr) durch einen Mittler ein Rechtsgeschäft mit einem Vertragspartner (dem Erstkontrahenten) schließt, der seine (des Geschäftsherrn) Person und/oder Identität im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht kennt. Soweit dies nicht zu unterstellen ist, muß der Erstkontrahent seine Unkenntnis ausdrücklich oder stillschweigend in Kauf genommen haben.

2. Unter dem Oberbegriff "Geschäft mit dem, den es angeht" werden verschiedene Sachverhalte zusammengefaßt, die in der Terminologie der h.M. in verschiedene Fallgruppen aufgeteilt sind:

- So wird ganz Überwiegend zwischen den "Geschäften innerhalb eines Unternehmens" und den sonstigen "Geschäften mit dem, den es angeht" unterschieden.
- Unter diesen übrigen Sachverhalten differenziert die h.M., je nachdem, ob die Fremdbezogenheit des Mittlerhandelns erkennbar ist oder nicht, zwischen sogenannten "offenen" und "verdeckten" Geschäften (116).
- Innerhalb der Fälle "verdeckten" Stellvertretung wird Überwiegend noch zwischen den "Fällen mangelnden Offenheitsinteresses" (117) bei obligatorischen Verträgen und den "Übereignungen an den, den es angeht" (118) unterschieden.
- Der Unterschied zwischen schuld- und sachenrechtlichen Verträgen wird in den Ausführungen zu den "offenen Geschäften mit dem, den es angeht" so gut wie gar nicht erörtert; statt dessen werden hier die Fälle, in denen der Mittler von vornherein für einen konkreten Geschäftsherrn handelt, von denen unterschieden, in denen dieser nachträglich bestimmt wird.

3. Alle diese Fallgruppen unterscheiden sich untereinander mehr oder weniger stark . Sie weisen andererseits aber auch eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf, die es angebracht erscheinen lassen, sie nicht nur unter einen einheitlichen Oberbegriff, nämlich den des "Geschäfts mit dem, den es angeht" zusammenzufassen, sondern sie auch im Zusammenhang zu erörtern.

(116) Vgl. hierzu oben Abschnitt A, Ziff. 2 a und b (S. 6 ff).

(117) Der Ausdruck stammt von Coing - vgl. oben Fußnote (98).

(118) Vgl. zu diesem Ausdruck oben Fußnote (87) - Nr. 3 .

§ 2

Grundsätzliches zur rechtlichen Problematik

Wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, zeichnen sich die Sachverhalte, die hier "Geschäfte mit dem, den es angeht" genannt werden, vor allem durch folgende Besonderheiten aus:

Der Erstkontrahent schließt ein Rechtsgeschäft über eine Mittelsperson (119) mit einem Hintermann ab, dessen Person oder Identität ihm nicht bekannt sind. Daraus resultieren eine Reihe allgemeiner rechtlicher Besonderheiten und Probleme, die, da sie für alle Fälle des "Geschäfts mit dem, den es angeht" gelten, im folgenden vorab behandelt werden sollen.

A) Das Erfordernis rechtsgeschäftlichen Handelns

1. Schon eingangs wurde hervorgehoben, daß nach einhelliger Meinung nur ein Rechtsgeschäft als "Geschäft mit dem, den es angeht" abgeschlossen werden kann (120).

Dieses Erfordernis bereitet keinerlei Schwierigkeiten, wenn ein obligatorischer Vertrag als "Geschäft mit dem, den es angeht" geschlossen wird.

Komplizierter ist die Rechtslage dagegen beim Hauptanwendungsfall dieses Geschäftstyps, bei der Übereignung von Mobilien. Nach § 929 BGB erfolgt diese durch Einigung und Übergabe.

Von diesen beiden Komponenten der FahnisÜbereignung ist nur eine, nämlich die Einigung, rechtsgeschäftlicher Natur (121). Die Übergabe dagegen ist ein Realakt (122). Damit aber steht bereits fest, daß zumindest bei diesem Bestandteil der Übereignung ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nie vorliegen

(119) Es sei nochmals betont, daß unter "Mittelsperson" immer der Gehilfe des anonymen Geschäftsherrn zu verstehen ist.

(120) So ausdrücklich schon Cohn, aaO, S. 12 f und dort insbesondere Fußnote 1 zu S. 13.

(121) Den Ausdruck "rechtsgeschäftliches Moment" der Übereignung verwendet Baur, aaO, § 51 I 1 für die Einigung.

(122) Einhellige Meinung, vgl. statt aller Soergel-Mühl, Anm. 4 zu § 929; Larenz AT, § 29 vor Ziff. 1.

kann, weil insoweit gar kein "Geschäft" getätigt wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Übergabe, wie in den Fällen der §§ 930, 931 BGB oder bei einer Besitzübertragung nach § 854 II BGB durch rechtsgeschäftliche Erklärungen ersetzt wird.

2. Die Tatsache, daß eine "Übereignung" an den, den es angeht" damit, genau besehen, an sich gar nicht möglich ist, daß es statt dessen schon nach allgemeinen Grundsätzen nur eine "Einigung" mit dem, den es angeht" geben kann, steht aber gleichwohl, zumindest im Ergebnis, der Annahme eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" bei der Übereignung insgesamt nicht entgegen.

Es gilt hier das gleiche wie bei der Übereignung durch oder an einen Stellvertreter, die nach einhelliger Meinung möglich ist (123), wenn dieser als Besitzdiener oder -mittler tätig wird. Auch die §§ 164 ff BGB sind ja nur auf die Einigung, nicht aber auf die Übergabe anwendbar (124).

- Die daraus resultierende spezielle Problematik wird im folgenden Abschnitt B im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Einschaltung einer Mittelsperson erörtert werden.

Hier unter dem Stichwort "Rechtsgeschäft" gilt es nur klarzustellen, daß die besonderen Regeln des "Geschäfts mit dem, den es angeht" (soweit überhaupt) nur bei der Einigung, dem "rechtsgeschäftlichen Moment" der Übereignung, Anwendung finden können; die Übergabe, das "reale Moment" (125) muß nach den normalen sachenrechtlichen Grundsätzen erfolgen (126).

(123) Vgl. statt aller Baur, § 5 II 1 ; Wolff-Raiser, § 66 I 1; Soergel-Mühl, Anm. 13 zu § 929.

(124) Ebenfalls unstreitig; vgl. nur Baur, § 51 II 1; Soergel-Mühl, Anm. 13 zu § 929.

(125) Die Ausdrücke "reales" und "rechtsgeschäftliches Moment" stammen von Baur, vgl. aaO, § 51 I 1.

(126) Einhellige Meinung, vgl. statt aller nur Baur, § 51 VII 3; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164.

Wenn man sich dessen bewußt ist, dann schadet es m.E. nichts, wenn man, wie dies allgemein geschieht (127), bei der Über-eignung insgesamt, von einem "Geschäft mit dem, den es angeht" oder von einer "Übereignung an den, den es angeht" spricht.

B) Das Erfordernis der Einschaltung einer "M i t t e l s p e r s o n"

1. Vorstehend wurde schon dargelegt, daß ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur über eine Mittelsperson abgeschlossen werden kann. Diese ermöglicht es dem Geschäftsherrn, im Hintergrund zu bleiben. Das kann sie aber nur, wenn sie als sein Vertreter oder als sein Bote tätig wird, nicht dagegen, wenn sie in anderer Form als "Hilfsperson" oder "Geschäftsgehilfe" (128) "beim Vollzug eines Rechtsgeschäfts nur tatsächliche Hilfe" leistet (129), da sich nur im ersteren Fall die persönliche Mitwirkung bzw. Anwesenheit des Geschäftsherrn beim Vertragsschluß erübrigt. Beispielsweise Makler (vgl. §§ 652 ff BGB, §§ 93 ff HGB), Berater, Dolmetscher, Schreibkräfte etc. (130) können, wenn sie nur in ihrer eigentlichen Funktion tätig werden (131), deshalb nie "Mittelsperson" im Sinne dieses Abschnittes sein.

Von den Rechtsfiguren der Stellvertretung und der Botenschaft hat nur die erstere eine ausführlichere gesetzliche Regelung erfahren; auf die letztere wird im BGB lediglich hingewiesen.

(127) Vgl. z.B. Lent-Schwab, § 30 V; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 o; Lehmann-Hübner, § 36 IV 3 o; Flume, § 44 II 2 o; Baur § 51 VII 3; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Johannsen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929.

(128) Die Bezeichnungen "Hilfspersonen" oder "Geschäftsgehilfen" gebraucht z.B. Flume, § 43, 1.

(129) Flume, aaO.

(130) Die Beispiele wurden ebenfalls Flume, aaO, entnommen. Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, daß der angeführte Personenkreis nur solange nicht als "Mittler" bei einem "Geschäft mit dem, den es angeht" mitwirken kann, als die verübte Tätigkeit im Rahmen des jeweils üblichen Funktionsbereichs bleibt.

(131) Die Genannten, insbesondere Makler, handeln in der Praxis häufig gleichzeitig auch als Vertreter oder Boten ihrer Auftraggeber.

a) Das BGB gebraucht den Terminus "Bote", soweit ersichtlich, nur in § 196 Abs. 1 Nr. 3 (132), also bei der Verjährung. An anderer Stelle, in § 120, gibt es dafür eine, wenn auch unzureichende Definition, wenn es von der "zur Übermittlung verwendeten Person" spricht. Aus dieser Formulierung ergibt sich das wesentliche Merkmal der Botenschaft: "Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teiles auf dessen Veranlassung dem anderen Teil übermittelt, so ist er Mittelsperson, Bote" (133), oder kürzer gesagt: "Bote ist...., wer lediglich eine fremde Erklärung überbringt, ohne selbst rechtsgeschäftlich zu handeln" (134). Dies ist heute allgemein anerkannt (135). Einigkeit besteht im wesentlichen auch darüber, daß dieser Mangel einer eigenen rechtsgeschäftlichen Tätigkeit den Boten vom Vertreter, der, als "Vertreter im Willen" (136) das Geschäft selbst vollzieht, unterscheidet (137).

(132) Insoweit nicht ganz korrekt Flume, aaO, § 43, 4 (S. 755), wenn dieser schreibt, das BGB verwende den Ausdruck (überhaupt) nicht.

(133) Mot. I, 223.

(134) Staudinger-Coing, Vorbem. 27 zu § 164.

(135) Ganz h.M. vgl. z.B. Staudinger-Coing, aaO; Flume, aaO; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 2 zu § 164 und Anm. 1 zu § 120.

(136) Mot. I, 223.

(137) Ganz h.M. vgl. neben den in obiger Fußnote (135) genannten auch Larenz, aaO, § 30 I c; Enn.-Nipperdey, § 178 II; a.A. Rosenberg, "Stellvertretung im Prozeß", S. 177 ff, der überhaupt leugnet, daß es möglich sei, Vertreter und Boten zu unterscheiden.

- b) Strittig ist dagegen nach wie vor, auf welche Momente bei der Abgrenzung im Einzelfall abzustellen ist. Die früher wohl überwiegende Meinung stellte bei der Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter auf das Innenverhältnis zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn ab (138). Diese Auffassung wird heute, insbesondere von Coing (139) und Hueck (140) vertreten. Nach der jetzt wohl herrschenden Lehre kommt es dagegen ausschließlich darauf an, wie die Hilfsperson dem Gegner gegenüber aufgetreten ist, und nicht darauf, wie sie nach dem Willen des Geschäftsherrn auftreten sollte (141). Wenn der Handelnde beispielsweise sagt, "Y läßt Ihnen bestellen, daß er Ihr Angebot akzeptiert", dann ist er Bote; erklärt er dagegen, daß er namens des Y akzeptiere, so handelt er als Vertreter (142).
- c) M.E. ist dieser letzteren Abgrenzungstheorie der Vorzug zu geben. Die gegenteilige Auffassung verkennt, wie Flume zu Recht betont (143), daß es im rechtsgeschäftlichen Verkehr nur auf solche Umstände ankommen kann, die für den Erklärungsempfänger erkennbar sind.

-
- (138) Vgl. z.B. Riezler in Staudinger-Riezler, 10. Aufl., Anm. 3 zu § 164; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 229; Becker, Jherings Jhrb. 49 S. 37; dieser Meinung hat sich offensichtlich auch das RG angeschlossen - vgl. RG Recht 1923 S. 121 Nr. 473; RG Gruch 58 S. 176.
- (139) Staudinger-Coing, Vorbem. 27 zu § 164.
- (140) Götz Hueck, "Bote - Stellvertreter im Willen - Stellvertreter in der Erklärung", AcP 152, S. 432 ff; vgl. ferner Müller-Freienfels, "Die Vertretung beim Rechtsgeschäft", S. 72.
- (141) Flume, aaO, § 43, 4; Larenz, aaO, § 30 I c; Enn.-Nipperdey, § 178 I 1 c und Fußnote 4 zu § 178; v. Tuhr, aaO, S. 340; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 2 zu § 164; Hofmann JUS 1970, S. 181; Cohn, "Der Empfangsbote" S. 5.
- (142) Vgl. die ähnlich gelagerten Beispielsfälle bei Larenz, aaO und Flume, aaO.
- (143) aaO, S. 756 f.

- d) Unabhängig von der Frage der Abgrenzung zwischen Boten und Stellvertreter wird von diesen beiden Rechtsfiguren all-
gemein der "Empfangsbote" unterschieden (144). Zum Unter-
schied vom "Erklärungsboten" (145) ist dieser zu definieren,
als eine Person, "..... die für eine andere Person eine Er-
klärung entgegennimmt und ihr übermittelt, ohne daß ihre
eigene Person von Erheblichkeit ist" (146).

M.E. ist höchst zweifelhaft, ob der Empfangsbote tatsäch-
lich "mit Recht als Rechtsfigur eigener Art neben dem
Vertreter und dem gewöhnlichen Boten" angesehen werden darf
(147). Zutreffender dürfte die Ansicht von Larenz sein, der
zwischen dem Erklärungs- und dem Empfangsboten denselben,
rein begrifflichen Unterschied macht, wie er zwischen dem
aktiven und dem passiven Stellvertreter besteht (148).

Für die vorliegende Arbeit kann diese Frage jedoch letzt-
lich dahingestellt bleiben. Abgesehen davon, daß ein Han-
deln für den, des es angeht, durch einen Empfangsboten,
wenn er nicht gleichzeitig auch Erklärungsbote ist, aus
tatsächlichen Gründen kaum vorstellbar ist, gelten hier-
für gegenüber dem Handeln über einen "gewöhnlichen Boten"
(149) keine Besonderheiten (150). Soweit also im folgenden
Ausführungen über einen "Boten" gemacht werden, schliessen
diese regelmässig den Empfangsboten mit ein.

-
- (144) Vgl. z.B. Staudinger-Coing, Vorbem. 33 zu § 164; Larenz, aaO, S. 481; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 2 zu § 164; Anm. 1 zu § 120. Keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen dem Erklärungsboten und dem Empfangsboten trifft dagegen, soweit ersichtlich, Flume, aaO.
- (145) Zu diesem Terminus vgl. Larenz, aaO, S. 481; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 2 zu § 164.
- (146) Cohn, Der Empfangsbote, S. 12
- (147) So Staudinger-Coing, Vorbem. 33 zu § 164.
- (148) aaO, S. 481 f.
- (149) So wird der Erklärungsbote bei Staudinger-Coing, aaO, bezeichnet.
- (150) Auch Cohn "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht" bezieht seine Ausführungen jeweils auf die gesamte Botenschaft (vgl. z.B. S. 45), obwohl er in seinem "Empfangsboten" zwischen den beiden Erscheinungsformen unterscheidet.

2. In der jüngeren Literatur wird allgemein angenommen, daß nur über einen Mittler, der als Vertreter des Geschäftsherrn handelt, ein "Geschäft mit dem, den es angeht" geschlossen werden kann (151). Das Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dem für ihn handelnden wird dabei entweder ausdrücklich (152) oder stillschweigend (153) als Voraussetzung für ein "Kontrahieren mit dem, den es angeht" angesehen (154).

Ein Grund, warum ein solcher Abschluß nur über einen Vertreter und nicht auch über seinen Boten möglich sein soll, wird, soweit ersichtlich, von niemandem genannt (155).

- a) Gleichwohl ist die Meinung, daß der Mittler Vertreter sein muß, richtig, soweit es sich um die Sachverhalte handelt, in denen für den Gegner nicht erkennbar ist, daß der Handelnde nicht der Geschäftsherr ist.

- (151) Vgl. z.B. Enn.-Nipperdey, § 179 III e c; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Westermann, § 42 IV 3 (e); Baur, § 51 VII 3; Soergel-Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 29 ff zu § 164; vgl.: i.üb. die dortige Übersicht über den Meinungsstand.
- (152) z.B. von Flume in seiner Stellungnahme zur Rechtsfigur des "Geschäfts mit dem, den es angeht", § 44 II 2; vgl. ferner Soergel - Schultze-v. Lasaulx, Vorbem. 34 und 37 zu § 164 und, besonders deutlich, Larenz AT, § 30 II b, der das "Geschäft mit dem, den es angeht" als "Stellvertretung unter Offenhaltung der Person des Vertretenen" definiert.
- (153) z.B. von Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c, ferner sämtliche die den Begriff nur für die sog. "verdeckten" Geschäfte verwendet wissen wollen, wie z.B. Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 e; Westermann, § 42 IV 3 (c); Baur, § 51 VIII 3; Siebert "Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis", S. 118 ff (S. 122).
- (154) Aus der älteren Literatur wird insbesondere von Cohn die gegen-
teilige Auffassung vertreten; vgl. aaO, S. 11 ff. In Fußnote 1 zu S. 13 bezeichnet er die Botenfälle neben der Stellvertretung sogar als Hauptanwendungsgebiet des "Geschäfts mit dem, den es angeht", wenn er ausführt, daß "bei dem Handeln für denjenigen, den es angeht, in der Regel nur Stellvertretung und Botenschaft in Frage kommen....".
- (155) Vgl. die in obigen Fußnoten (151) und (153) genannten Autoren an den angegebenen Stellen.

Der Grund, warum über einen Boten kein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" geschlossen werden kann, liegt im Wesen der Botenschaft, so wie es hier angenommen wird (156). Wenn der Handelnde, wie in den Fällen der sogenannten "verdeckten" Geschäfte oder der "Geschäfte innerhalb eines Unternehmens" nicht einmal zu erkennen gibt, daß er nicht im eigenen Namen tätig wird, dann kann er nach der hier vertretenen Abgrenzungstheorie nie Bote sein. Aus seinem, allein maßgeblichen Auftreten kann der Gegner dann nicht entnehmen, daß er ".... lediglich eine fremde Erklärung überbringt, ohne selbst rechtsgeschäftlich zu handeln" (157). Hinzu kommt, daß der Handelnde in den hier zur Rede stehenden Fällen, regelmässig weder Bote sein will, noch soll. Der Mittler will hier keine Erklärung des Geschäftsherrn abgeben (eine solche wird meistens gar nicht existieren), er will höchstens, daß seine Erklärung für diesen wirkt. Dies wird in der Praxis regelmässig auch dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen, dem mit einer bloßen Botentätigkeit des Handelnden normalerweise nicht gedient wäre.

- b) Im Gegensatz zu den Sachverhalten, in denen die Fremdbezogenheit des Mittlerhandelns nicht erkennbar ist, ist bei den sogenannten "offenen Geschäften mit dem, den es angeht" durchaus möglich, daß der Handelnde als Bote fungiert.

Die vorstehend dargelegten Gründe gegen die Zulassung der Botenschaft greifen in diesen Fällen nicht ein, da der Mittler sich hier als solcher zu erkennen gibt. Auch praktisch sind entsprechende Sachverhalte ohne weiteres denkbar. So braucht man sich beispielsweise in dem vom BGH im fünften Band, S. 279 ff entschiedenen Fall (158) nur vorzustellen, daß der Landrat den Wagen nicht persönlich anmietete, sondern einen Boten, z.B. seine Sekretärin, einschaltete.

(156) Vgl. oben Nr. 10) dieses Abschnitts (S. 41).

(157) Staudinger-Coing, Vorbem. 27 zu § 164; vgl. i.Ü. oben Nr. 10) dieses Abschnitts.

(158) Ein Landrat hatte einen PKW angemietet, ohne zu erkennen zu geben, ob er für den Staat oder für den Kreis tätig wurde.

Rechtliche Gründe, warum der Mittler nicht Bote sein könnte, liegen ebenfalls nicht vor. Nachdem die, soweit ersichtlich, einhellige Meinung zu Recht ein Angebot an einen Unbekannten für zulässig erachtet (159) und dasselbe für einen Vertrags- schluß mit einem anonymen Gegner gelten muß (160), muß auch ein Abschluß mit einem Unbekannten, der über einen Boten erfolgt, möglich sein (161).

- c) Der h.M., wonach ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur über einen Vertreter geschlossen werden kann, ist somit nur in den Fällen zu folgen, in denen für den Gegner nicht erkennbar ist, daß der Mittler nicht im eigenen Namen handelt. Bei den sogenannten "offenen Geschäften mit dem, den es angeht" ist diese Einschränkung dagegen nicht gerechtfertigt; hier ist Botenschaft tatsächlich möglich und rechtlich zulässig (162).

-
- (159) Sog. Offerte "ad incertas personas", vgl. z.B. Enn.-Nipperdey, § 161 I 1 b; Larenz AT, § 27 I a; Lehmann-Hübner, § 33 II 1 a; Staudinger-Coing, Anm. 3 zu § 145; Krüger = Nieland in BGB-RGRK, Anm. 2 zu § 145; Soergel-Lange, Anm. 5 zu § 145.
- (160) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 161 I 1 b. Andernfalls käme bei einer Warenentnahme aus einem Automaten, entgegen der einhelligen Meinung (vgl. die in vorstehender Fußnote (159) zitierten Literaturnachweise), nie ein Vertrag zustande.
- (161) Derselben Auffassung ist, allerdings ohne besondere Begründung, auch Cohn, aaO. S. 11 ff. Wenn Cohn, aaO, die Auffassung vertritt, Botenschaft sei bei allen "Geschäften mit dem, den es angeht" zulässig und möglich, ist dies, von seinem Standpunkt aus, konsequent. Er befaßt sich in seiner Monographie nämlich nur mit den Fällen, in denen die Fremdbezogenheit des Mittlerhandelns für den Gegner erkennbar ist. - Vgl. aaO S. 5 und S. 12 f und seine dortige Definition des "Geschäfts mit dem, den es angeht" oder, um seine Terminologie zu verwenden, "Handeln für denjenigen, den es angeht" als ein "rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes."
- (162) Abzulehnen ist daher insbesondere die Definition von Larenz für das "offene" und das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" als "Stellvertretung unter Offenhaltung der Person des Vertretenen" - vgl. AT § 30 II b.

3. Aus der Tatsache, daß der Abschluß eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" nur über einen Stellvertreter oder (teilweise) über einen Boten vorgenommen werden kann, folgt, daß er nur dort in Frage kommt, wo ein Mittlerhandeln in diesen Formen zulässig ist.

a) Eine Reihe von familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften sind jedoch vertretungsfeindlich: So kann z.B. bei der Eheschließung (§ 13 EheG), bei der Adoption auf seiten des minderjährigen, über 14 Jahre alten Kindes (§§ 1751, 1751 a BGB), bei der Testamenterrichtung (§ 2064 BGB), bei dem Abschluß eines Erbvertrages seitens des Erblassers (§ 2274) und nach einigen anderen gesetzlichen Bestimmungen (163) kein Vertreter tätig werden. Darüberhinaus kann, obwohl dies nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist, auch ein Verlöbnis nicht über einen Stellvertreter eingegangen werden (164).

b) Botenschaft ist, da der Bote eine fremde Erklärung überbringt, grundsätzlich ausgeschlossen, wo das persönliche Erscheinen und Handeln des Erklärenden vorgeschrieben ist.

Dies ist unter anderem immer der Fall bei einer öffentlichen Beglaubigung oder Beurkundung, wegen der hierbei erforderlichen Überprüfung der Identität des Handelnden (vgl. §§ 168 ff FGG) (165).

(163) z.B. §§ 1600 d III, 1617 II, 1618 II, 1728, 1729, 1740 c, 1758 a V, 1872 II, 2282, 2347 II, 2351 BGB.

(164) h.M. vgl. Palandt-Heinrichs, Vorbem. 1 zu § 1297; Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 14 zu § 1297; Soergel-Lange, Anm. 5 zu § 1297; Staudinger-Dietz, Vorbem. 30 und 43 zu § 1297 und die dort angeführten weiteren Literaturnachweise; a.A. ist Stutz, "Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht", S. 71; für die Zulassung von Ausnahmen vom Stellvertretungsverbot: Thönissen, "Grundfragen des Verlöbnisrechts" S. 136 ff.

(165) So zutreffend Staudinger-Coing, Vorbem. 29 zu § 164; Lent, "Gibt es eine Vertretung in der Erklärung bei zu beurkundenden Geschäften?", DNotZ 1951 S. 151 ff (152).

Aus dem selben Grund kommt Botenschaft auch bei nahezu allen vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften nicht in Betracht. Das Gesetz verlangt in diesen Fällen nämlich grundsätzlich neben dem persönlichen Handeln die Anwesenheit des Erklärenden, teils expressis verbis, wie z.B. bei der Eheschließung nach § 13 EheG, bei der Adoption nach § 1750 BGB, bei der ordentlichen Testamentserrichtung nach §§ 2231 Nr. 1, 2232, 2238 Abs. 1 BGB (166), teils, indem es (zusätzlich) öffentliche Beglaubigung oder Beurkundung vorschreibt, wie beim Abschluß eines Erbvertrages nach § 2276 Abs. 1 BGB oder beim Abschluß oder der Aufhebung eines Erbverzehrs nach § 2348 BGB.

c) Auch bei der Übergabe nach § 929 BGB als bloßem Realakt ist Stellvertretung nicht möglich (167). Dennoch ist nach einhelliger Meinung eine Übereignung durch oder an einen Stellvertreter möglich (168):

- Bei der Einigung, der rechtsgeschäftlichen Komponente der Übereignung, ist Stellvertretung nach §§ 164 ff BGB ohne Einschränkung zulässig (169).
- Bei der Übergabe gibt es zwar, wie vorstehend schon erwähnt keine Stellvertretung, sie kann aber dennoch unter Einschaltung eines Mittlers erfolgen. Voraussetzung ist nur, daß dieser entweder Besitztsherr des Geschäftsherrn im Sinne von § 855 BGB ist oder ihm nach § 868 BGB den Besitz vermittelt (170). Da das Besitzmittlungsverhältnis

-
- (166) Beim eigenhändigen Testament nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB kommt die Mitwirkung eines Boten natürlich ebenfalls nicht in Betracht.
 - (167) Völlig einhellige Meinung, vgl. statt aller nur Baur § 51 II 1; Soergel-Mühl, Anm. 13 zu § 929.
 - (168) Vgl. z.B. Baur, § 5 II 1 und § 51 II 1; Enn.-Wolff § 66 I 1; Soergel-Mühl aaO; vgl. ferner die vorstehenden Ausführungen zu der gleichgelagerten Problematik, die sich aus der Natur der Übergabe als einen Realakt ergibt.
 - (169) Vgl. obige Fußnote (167).
 - (170) Einhellige Meinung; vgl. z.B. die in Fußnote (168) genannten Autoren und ferner auch Westerman, § 39 III.

zwischen Mittler und Geschäftsherrn schon vor der Besitzübertragung vereinbart sein kann (antezipiertes Besitzkonstitut) (171) erwirbt der Geschäftsherr unmittelbar Eigentum, wenn die Mittelsperson die tatsächliche Gewalt an der Sache erlangt. Diese Form der Übergabe entspricht also im Ergebnis einer wirksamen Stellvertretung (172).

Die Übereignung von Mobilien "an den, den es angeht", scheitert also nicht daran, daß eine Stellvertretung nach §§ 164 ff bei der Übergabe nicht möglich ist.

C) Vertragsschluß mit einem n i c h t b e k a n n t e n bzw. n i c h t i d e n t i f i z i e r t e n Vertragspartner

1. Wie schon mehrfach ausgeführt wurde, unterscheiden sich die verschiedenen Arten des "Geschäfts mit dem, den es angeht" vor allem dadurch von anderen, "normalen" Rechtsgeschäften, daß hier der Gegner seinen Vertragspartner nicht kennt. Diese Eigenart ist der Grund für eine Reihe von rechtlichen Problemen, die im folgenden Teil der Arbeit im Einzelnen erörtert werden; sie steht aber grundsätzlich der Zulässigkeit eines solchen Vertragsschlusses nicht entgegen. Oder anders ausgedrückt: Unbeschadet der Einzelproblematik, die bei den verschiedenen Typen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" auftritt, ist ein Abschluß zwischen Parteien, die einander nicht kennen, grundsätzlich möglich. Dies ist, wie vorstehend bereits ausgeführt, auch allgemein anerkannt (173).

(171) Einhellige Meinung; vgl. Westermann § 19 I 1; BGH WPM 66 S.94; Staudinger-Berg, Anm. 6 zu § 930.

(172) Vgl. Westermann § 19 I 3, der sogar von einem "Besitzerwerb durch Stellvertretung" spricht.

(173) Vgl. oben unter B 2 b und die Literaturnachweise unter Fußnoten (159) und (160).

- a) Gesetzliche Regeln, die der Zulässigkeit eines solchen Geschäfts entgegenstünden, sind nicht ersichtlich. Damit resultiert die Möglichkeit, daß jemand bewußt (174) mit einem anonymen Partner kontrahiert aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, die zu den "überkommenen grundlegenden Prinzipien unserer Rechtsordnung gehört" (175). Dieses Grundprinzip unseres Schuldrechts beinhaltet nach einhelliger Meinung auch das Recht, Verträge innerhalb der gesetzlichen Grenzen nach Belieben zu gestalten (176).
- b) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Botenschaften für einen anonymen Geschäftsherrn wurde im vorigen Abschnitt bereits nachgewiesen. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen (177)
- c) Aus dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit folgt auch die Zulässigkeit (offener) Stellvertretung für einen Geschäftsherrn, der dem Gegner unbekannt ist. Auch hier existieren keine entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmungen:

Insbesondere das Offenheitsprinzip, das nach § 164 BGB Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung ist, schließt die (erkennbare) Vertretung eines anonymen Geschäftsherrn nicht aus. Die Formulierungen "im Namen des Vertretenen" (§ 164 Abs. 1) und "in fremdem Namen" (§ 164 Abs. 2) dürfen nicht so verstanden werden, als ob seitens des Vertreters der Name

-
- (174) Es geht hier nur um die Frage, ob und wann ein Vertrag mit einem anonymen Partner geschlossen werden kann. Die beim "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" auftauchende zusätzliche Frage, ob ein Vertrag mit dem unbekannten Geschäftsherrn ohne Wissen des Gegners zustande kommen kann, wird später erörtert.
- (175) Palandt-Heinrichs, Vorbem. 3 a zu § 145, ähnlich: Larenz, Schr I, § 4.
- (176) Vgl. statt aller neben den vorstehend genannten nur Flume, § 1, 8; Enn.-Nipperdey § 163 V.
- (177) Vgl. oben unter B 2 b (S. 44 f).

seines Auftraggebers bekanntzugeben sei. Aus ihnen ergibt sich nur, daß die Fremdbezogenheit des Handelns erkennbar sein muß (Offenheitsprinzip) (178). Im übrigen ist, soweit ersichtlich, die Zulässigkeit einer erkennbaren Vertretung für einen Geschäftsherrn, der dem Gegner unbekannt ist ("offenes Geschäft mit dem, den es angeht"), seit jeher allgemein anerkannt (179), und zwar auch von den Autoren, die einen "verdeckten Abschluß mit dem, den es angeht" nicht zulassen wollen (180).

- d) Ob der Handelnde als Bevollmächtigter oder als falsus procurator tätig wird, spielt dabei für die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Abschlusses mit einem Anonymen keine Rolle (181). Nach dem Stellvertretungsrecht des BGB hängt die Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft über einen Vertreter zu schließen, regelmässig nicht davon ab, ob dieser bevollmächtigt ist oder nicht. Etwas anderes gilt nach § 180 BGB für einseitige Rechtsgeschäfte. Diese nehmen hier jedoch ohnehin eine Sonderstellung ein und werden deshalb im folgenden gesondert erörtert.

2. Wie bei jedem Grundsatz gibt es jedoch auch hier Ausnahmen: Bei einer Reihe von Rechtsgeschäften ist ein Abschluß mit bzw. ein Handeln für einen anonymen Geschäftsherrn nicht zulässig.

-
- (178) Einhellige Meinung; vgl. z.B. Larenz AT § 30 II b; Flume § 44 II 1a und 2a; Enn.-Nipperdey § 178 II 2; Cohn aaO, S. 35; v.Tuhr § 84 III; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 33 ff zu § 164; Staudinger-Coing, Anm. 12 c zu § 164; BGH JZ 1957 S. 441; RG JW 1936 S. 1952 Nr. 4; OLG Hbg. Seuff.A.76 Nr. 49; OLG Jena Recht 1904 Nr. 878.
- (179) Vgl. z.B. Larenz AT § 30 II b; Enn.-Nipperdey § 178 II 2; Cohn aaO S. 34 f. mit umfangreichen Nachweisen aus der älteren Literatur und Rspr.; v.Tuhr, § 84 III; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 33 ff zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164 und Anm. 12 e zu § 164; Planck-Flad, Anm. 16 zu § 164; aus der Rspr. vgl. insbes. BGH JZ 1957 S. 441; RG JW 1936 S. 1952 Nr. 4; OLG Hbg. Seuff.A.76 Nr. 49.
- (180) Vgl. z.B. Flume § 44 II 1a und 2a; Enn.-Wolff-Raiser §66 I 16.
- (181) Allg. Meinung, vgl. z.B. Flume § 44 II 2a; OLG Celle MDR 1951 S. 612.

- a) In Anknüpfung an die vorhergehenden Ausführungen seien hier zunächst die einseitigen Rechtsgeschäfte genannt. Diese können nicht für einen Geschäftsherrn vorgenommen werden, der dem Erklärungsempfänger nicht bekannt ist, es sei denn, der ist damit einverstanden, was regelmäßig nicht der Fall sein wird (182).

Bevor im folgenden die Unzulässigkeit der Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte für einen (dem Gegner) Unbekannten juristisch begründet wird, ist darauf hinzuweisen, daß dem Problem m.E. keine praktische Bedeutung zukommt, da ein entsprechender Sachverhalt schon theoretisch kaum vorstellbar ist (183).

So ist z.B. kaum denkbar, daß ein (Dauer-) Schuldverhältnis, das gekündigt oder angefochten werden soll, zwischen Parteien besteht, die einander unbekannt sind. Damit ist aber auch eine Kündigung oder Anfechtung dieses Rechtsverhältnisses für "den, den es angeht" nicht möglich: Zwischen Personen, die einander kennen, kann nie ein "Geschäft mit dem, den es angeht" getätigt werden.

Die Unzulässigkeit einseitiger Rechtsgeschäfte, die für einen Geschäftsherrn vorgenommen werden, der dem Erklärungsempfänger nicht bekannt ist, ergibt sich unmittelbar aus dem BGB, wenn der Mittler als Vertreter handelt:

- Ist der Handelnde falsus procurator folgt die Nichtigkeit aus § 180 S. 1 BGB;
- ist er bevollmächtigt, so ergibt sie sich aus § 174, da es dem Mittler unmöglich ist, seine Vertretungsmacht

(182) a.A. Cohn, aaO, S. 47.

(183) Dieser Gesichtspunkt wird m.E. von Cohn übersehen, vgl. aaO, S. 47.

nachzuweisen, wenn er die Anonymität seines Auftraggebers wahren will (184).

Eine Unwirksamkeit des Geschäftes nach § 174 BGB setzt allerdings seine unverzügliche Zurückweisung durch den Gegner voraus. Diese wird jedoch regelmässig erfolgen, da kaum anzunehmen ist, daß jemand z.B. eine Kündigung oder eine Anfechtung akzeptiert, von der er nicht weiß, wem sie zuzurechnen ist und ob sie überhaupt wirksam ist, - die Vollmacht des Erklärenden kann der Gegner ja ebenfalls nicht nachprüfen. Da demnach mit dem Einverständnis des Erklärungsempfängers nicht gerechnet werden kann, kommt auch eine Anwendung von § 180 S. 2 und 3 BGB nicht in Betracht (185).

Auch über einen Boten können einseitige Rechtsgeschäfte nicht für einen anonymen Hintermann geschlossen werden. Die vorstehend für die Stellvertretung angeführten Erwägungen gelten hier entsprechend, da die §§ 174 und 180 BGB auf die Botenschaft analog anwendbar sind.

Die entsprechende Geltung von §§ 177 ff und damit auch von § 180 auf den dolos machtlosen Boten wird von der ganz h.M. mit Rücksicht auf die dem Stellvertretungsrecht

(184) Die Anwendbarkeit sowohl von § 180 S. 1 BGB, als auch von § 174 BGB unterliegt m.E. keinem Zweifel. Cohn, der aaO S. 47 zwar die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts über einen falsus procurator wegen § 180 S. 1 BGB für unzulässig hält, z.B. die Erklärung einer Anfechtung für einen anonymen Geschäftsherrn durch einen Bevollmächtigten aber zulassen will, übersieht m.E. § 174 BGB.

(185) a.A., allerdings ohne Begründung, Cohn, aaO.

vergleichbare Interessenlage beim Gegner bejaht (186).
Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Zumindest wenn er, wie in den hier zur Rede stehenden Fällen, für einen anonymen Hintermann tätig wird, ist auf den Boten auch § 174 BGB analog anwendbar. Ob diese Analogie darüberhinaus allgemein zu bejahen ist, kann dabei dahingestellt bleiben (187). Beim "Geschäft mit dem, den es angeht" muß § 174 BGB jedenfalls für den Boten entsprechend gelten. Die Unsicherheit, ob der Bote tatsächlich im Auftrag des unbekannten Geschäftsherrn tätig wurde, ob also das Geschäft wirksam ist, kann dem Gegner hier keinesfalls zugemutet werden, da er selbst sie nicht beseitigen kann.

- b) Zu den Ausnahmefällen, in denen ein Abschluß für einen anonymen Hintermann grundsätzlich, d.h. unabhängig davon, ob es sich um ein "offenes" oder um ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" handelt, unzulässig ist, gehören ferner die bedingungsfeindlichen Geschäfte (188).

Hierzu zählen z.B. die Statusverträge wie die Eheschließung (§ 13 II EheG); die Annahme an Kindes Statt (§ 1742 BGB); die Ehelichkeitserklärung eines Kindes (§ 1724) oder die

-
- (186) Vgl. Soergel - Schütze=von Lassulx, Anm. 12 zu § 177; Staudinger-Coing, Anm. 13 zu § 178; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 b zu § 178; Flume aaO, S. 759; Enn.-Nipperdey § 178 II 1 a Fußnote 7; v. Tuhr II, 2, S. 340 f, G. Hueck aaO, S. 452 ff; für den Erklärungsboten Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", S. 45. Für den Empfangsboten war Cohn in seiner gleichnamigen Monographie S. 96 ff der gegen- teiligen Ansicht, diese hat er in seinem hier zitierten Buch jedoch auf S. 79 (Fußnote 1) ausdrücklich aufgegeben. - A.A., vor allem unter Berufung auf die Verschiedenheit von Boten- schaft und Vertretung: Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 36 I 1 a; Oertmann, Anm. 7 zu § 177; Planck-Flad, Anm. 6 a zu § 179; wohl auch Staudinger-Riezler (10. Aufl.) Anm. 13 zu § 177, zumindest für den Fall, daß der Bote ohne Auftrag tätig wird.
- (187) M.E. ist eine solche Analogie grundsätzlich anzunehmen, da die Interessenlage bei der Botenschaft der bei der Vertretung genau entspricht. In beiden Fällen muß der Empfänger sofortige Klar- heit über die Wirksamkeit des ihm gegenüber vorgenommenen ein- seitigen Rechtsgeschäfts haben und diese kann er nur durch den Nachweis, daß der Bote vom Geschäftsherrn ermächtigt ist, erhalten
- (188) Die im folgenden aufgezählten Geschäfte wurden überwiegend vor- stehend schon erwähnt, da sie außerdem noch vertretungsfeindlich sind oder es sich um einseitige Rechtsgeschäfte handelt.

Wiederannahme des Familiennamens gemäß § 55 EheG (189).

Zu dieser Gruppe werden in der Literatur (190) auch die Auflassung (§ 925 II BGB, § 1 Erb b R VO); die Annahme eines Wechsels (Art. 26 WG); die Annahme sowie die Ausschlagung des Amtes eines Testamentvollstreckers (§ 2202 II BGB) gerechnet.

Bedingungsfeindlich sind ferner die meisten einseitigen gestaltenden Rechtsgeschäfte, so kraft Gesetzes die Aufrechnung (§ 388 Satz 2) und nach allgemeiner Meinung (191) die Anfechtungs- und Rücktrittserklärung (192); der Widerruf (193) und die Kündigung (194).

Die (rechtliche) Unmöglichkeit, solche Geschäfte "mit dem, den es angeht", abzuschliessen, ergibt sich in den meisten Fällen schon aus den vorstehenden Ausführungen: teils können sie nicht über eine Mittelsperson abgeschlossen werden, weil eine Stellvertretung verboten und persönliche Anwesenheit des Handelnden bei der Vornahme vorgeschrieben ist, teils handelt es sich hierbei um einseitige Rechtsgeschäfte.

Aber auch die zweiseitigen Verträge, die kein Stellvertretungsverbot enthalten, wie z.B. die Auflassung, können mit Rücksicht auf ihren bedingungsfeindlichen Charakter nicht "mit dem, den es angeht", abgeschlossen werden.

(189) Vgl. OLG Ffm, OLGZ 71 S. 298.

(190) Vgl. Larenz, aaO, § 25 II.

(191) Vgl. statt vieler nur Palandt-Heinrichs, Vorbem. 6 zu § 158; Larenz, aaO, § 25 II m.w.N.

(192) RGZ 66, S. 153.

(193) Larenz, aaO.

(194) BAG NJW 1968 S. 2078; RGZ 91 S. 308.

Zwar bedeutet die Tatsache, daß der Geschäftsherr beim Abschluß nicht hervortritt, sondern anonym bleibt, nicht, zumindest nicht immer (195) , daß das Geschäft bedingt geschlossen wird. Aber auch ein unbedingter Abschluß dieser Art würde Sinn und Zweck des Bedingungsverbotes zuwiderlaufen. Dieser Sinn und Zweck, der Grund, warum ein Rechtsgeschäft bedingungsfeindlich ist, ist in allen Fällen in dem "Erfordernis absoluter Klarheit" (196) zu sehen.

Dem Interesse an eindeutigen Verhältnissen, das bei den fraglichen Geschäften demnach regelmässig vorliegt, widerspricht aber die Unsicherheit, die bei allen "Geschäften mit dem, den es angeht" gleichgültig, ob sie bedingt oder unbedingt geschlossen sind, beim Gegner hinsichtlich der Wirksamkeit des Geschäftes besteht. Da der Handelnde nicht nachweisen kann, daß er bevollmächtigt ist - andernfalls würde er die Identität seines Auftraggebers preisgeben - ist der Erstkontrahent nie sicher, ob er nicht mit einem falsus procurator kontrahiert hat und ob der Geschäftsherr, sollte dies der Fall sein, genehmigt.

Diese Situation kann nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht mit dem Fall einer "normalen" machtlosen Vertretung verglichen werden, die ja nach allgemeiner Auffassung bei der Auflassung zulässig ist (197). Zwar hängt auch hier die Wirksamkeit des Geschäftes von seiner Genehmigung durch den Vertretenen ab (§ 177 Abs. 1 BGB) und steht damit im Zeitpunkt seiner Vornahme noch nicht fest, die hieraus resultierende Unsicherheit kann der Gegner aber nach § 177 Abs. 2 BGB binnen kürzester Zeit beseitigen.

-
- (195) Wie im folgenden noch gezeigt werden wird, werden in der Tat bestimmte Typen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" regelmässig bedingt abgeschlossen.
- (196) Palandt-Heinrichs, Vorbem. 6 zu § 158; ähnlich auch Larenz, aaO, § 25 II.
- (197) Vgl. Soergel-Baur, Anm. 31 zu § 925; RG Gruch 67 S. 549.

Gerade dies ist ihm bei einem Abschluß "mit dem, den es angeht" nicht möglich (198).

Diese Eigentümlichkeiten, durch die sich das "Geschäft mit dem, den es angeht" von der "normalen" Stellvertretung unterscheidet (199), zwingen m.E. dazu, die Zulässigkeit eines Handelns für einen anonymen Hintermann bei allen bedingungsfeindlichen Geschäften zu verneinen (200). Dies gilt auch dann, wenn Vertretung uneingeschränkt zulässig ist, also insbesondere auch für die Auflassung nach § 925 BGB (201).

In einem Sonderfall allerdings wird von der h.M. bei der Auflassung ein "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" -eine verdeckte Stellvertretung kommt hier mit Rücksicht auf das Erfordernis notarieller Beurkundung (§ 925 I BGB) nicht in Betracht- zu Recht zugelassen. Gemeint ist der

- (198) Auf diese Besonderheit des "Geschäfts mit dem, den es angeht" verweist zu Recht AG Hbg. NJW 1971, S. 103 f bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Auflassung "an den, den es angeht".
- (199) Die h.M., die in allen den Fällen des "Geschäfts mit dem, den es angeht", in denen der Mittler gegenüber dem Gegner zu erkennen gibt, daß er für einen anonymen Hintermann handelt (offene Geschäfte mit dem, den es angeht), annimmt, daß hier "normale" Stellvertretung vorliegt, ist zu sehr auf das Offenheitsprinzip fixiert und übersieht die spezifischen Eigenarten, die sich aus der Anonymität der Geschäftsherrn ergeben. Vgl. z.B. Soergel-Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 32 ff (34) zu § 164; Larenz AT, § 30 II b, Flume § 44 II 1 a und 2 a ; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164.
- (200) Wie hier, mit ähnlicher Begründung, auch Cohn. aaO, S. 50 f.
- (201) So auch Cohn, aaO, S. 51. AG Hbg. NJW 1971, S. 103 f, das allerdings nicht auf die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung, sondern auf das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit (§ 925 I Satz 1) abstellt. A.A. offensichtlich OLG Stuttgart SJZ 1948, S. 455, wo als wesentlich erachtet wird, ob die Parteien "für den, den es angeht" handeln wollten und damit wohl vorausgesetzt wird, daß ein solcher Abschluß uneingeschränkt zulässig gewesen wäre; wohl auch Flume, aaO, § 44 II 1 a, der in Fußnote 9 auf S. 766 diese Entscheidung ausdrücklich billigt. Richtig Hueck in seiner kritischen Anm. zu dem Urteil, soweit er (auch) bei der Auflassung ein Handeln des Bevollmächtigten für den jeweiligen Erben für zulässig hält (SJZ 1948, S. 456). Sowohl das OLG, als auch Flume aaO übersehen jedoch die besondere Problematik, die sich aus § 925 II im Hinblick auf das "Geschäft mit dem, den es angeht" ergibt.

-gar nicht so seltene (202)- Fall, daß ein entsprechend bevollmächtigter Vertreter (203), der nicht weiß, ob sein Auftraggeber noch am Leben ist, für diesen oder für seinen Erben tätig wird.

In einem solchen Sachverhalt liegt ein "Geschäft mit dem, den es angeht" vor, weil auch hier der Gegner (und ebenso der Mittler) nicht weiß, wer sein Vertragspartner ist. Diese Unkenntnis der Person des Geschäftsherrn bedeutet hier aber keine Ungewißheit über das Schicksal des Rechtsgeschäftes. Die getroffenen Vereinbarungen sind vielmehr eindeutig wirksam, da es zulässig ist, daß jemand auf Grund einer entsprechenden Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers den jeweiligen Erben vertritt (204). In diesem Fall kann der Handelnde auch ohne weiteres seine Vollmacht nachweisen, da er die Identität des Vertretenen nicht verheimlichen will, sondern muß; er kennt sie ja selbst nicht.

Hier greifen also die vorstehend angeführten Gesichtspunkte nicht ein. Deshalb ist in den vorstehend erörterten Fällen ein "Geschäft mit dem, den es angeht" auch bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften, insbesondere bei der Auflassung, zulässig, soweit nicht sonstige Gründe entgegenstehen (205).

- (202) Vgl. z.B. RG JW 1929 S. 1648; OLG Stuttgart SJZ 1948, S. 455; OLG Celle MDR 1951 S. 612.
- (203) Botenschaft kommt hier mit Rücksicht auf das Erfordernis notarieller Beurkundung nicht in Betracht.
- (204) RG JW 1929, S. 1648; vgl. auch OLG Stuttgart SJZ 1948, S. 455.
- (205) Zu diesem Ergebnis kommt auch - einen entsprechenden Handlungswillen beim Vertreter unterstellt - OLG Stuttgart, aaO, allerdings ohne die Frage nach der Zulässigkeit eines "Geschäfts, mit dem, den es angeht" zu prüfen. Die hier vertretene Ansicht teilt auch Flume, § 44 II 1 a (Fußnote (9)).

Dies kann allerdings nur gelten, wenn der Mittler ausreichend bevollmächtigt ist. Ist er zur Vertretung des bzw. der Erben nicht befugt, dann bleibt es bei der generellen Unzulässigkeit solcher Abschlüsse mit Rücksicht auf den unsicheren Schwebezustand, der hier eintreten würde (206).

- c) Zu den Ausnahmefällen, bei denen ein Abschluß "mit dem, den es angeht" nicht zulässig ist, egal ob er "offen" oder "verdeckt" erfolgt, gehören schließlich auch die Rechtsgeschäfte, die ein Stellvertretungsverbot beinhalten.

Diese Geschäfte sind sämtliche höchstpersönlicher Natur. Ein Abschluß mit einem unbekannten Partner würde dem Charakter der fraglichen Rechtsgeschäfte gröblichst widersprechen. Die Unzulässigkeit des Handelns für einen anonymen Hintermann bei einem vertretungsfeindlichen Geschäft zeigt sich am deutlichsten an dem, soweit ersichtlich, einzigen Fall, in dem ein "Geschäft mit dem, den es angeht" theoretisch in Frage kommen könnte: dem Verlöbniß. Daß es nicht möglich ist, sich "mit dem, den es angeht", zu verloben, bedarf wohl keiner weiteren Begründung (207).

Bei den anderen Rechtsgeschäften, die nicht über einen Vertreter getätigt werden können, kommt ein Abschluß mit dem, den es angeht, wie bereits ausgeführt (208), schon deshalb nicht in Betracht, weil hier die Einschaltung eines Mittlers nicht möglich ist. Oben wurde bereits dargetan, daß ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur über einen Vertreter oder über einen Boten zustande kommen kann (209).

-
- (206) In diesem Fall wüßte der Gegner wieder nicht, ob das Geschäft wirksam ist oder von der Genehmigung des bzw. der Erben abhängt. Über diese Frage könnte ihm hier nicht einmal der Mittler Aufschluß geben.
- (207) Vgl. Cohn, aaO, S. 51 f, der ebenfalls der Ansicht ist, die besondere Natur des Verlöbnisses schließe eine Botenschaft für den, den es angeht, aus.
- (208) Vgl. oben Abschnitt B 3 b (S. 46 f).
- (209) Vgl. oben Abschnitt B (S. 39 ff).

Ein vertretungsfeindliches Geschäft kann demnach nur unter der Voraussetzung, daß die Einschaltung eines Boten möglich ist, "mit dem, den es angeht", geschlossen werden. Dies ist aber, soweit ersichtlich, abgesehen vom Verlöbniß (210) nirgends der Fall. Alle übrigen Rechtsgeschäfte, bei denen Stellvertretung ausgeschlossen ist, müssen vom Geschäftsherrn persönlich vorgenommen werden. Soweit sich das Anwesenheitserfordernis nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (211), ist es eine Folge der vorgeschriebenen Form (212).

D) Zusammenfassung

Aus den begrifflichen Merkmalen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" ergeben sich eine Reihe rechtlicher Probleme, die für alle Erscheinungsformen dieser Rechtsfigur gelten und zum Teil eine Einschränkung ihres Anwendungsbereiches bedingen.

1. Merkmal: Nur ein Rechtsgeschäft kann "mit dem, den es angeht", abgeschlossen werden.

- a) Dieses Merkmal bedingt weder im obligatorischen noch im dinglichen Bereich eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des "Geschäfts mit dem, den es angeht".
- b) Es steht insbesondere der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Übereignung "an den, den es angeht",

-
- (210) Die Einschaltung eines Boten beim Abschluß eines Verlöbnisses ist nach h.M. zulässig; vgl. z.B. Staudinger-Dietz, Vorbem. 43 zu § 1297; Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 14 zu § 1927; Canaris, "Das Verlöbniß als "gesetzliches" Rechtsverhältnis" AcP 165 S. 1 ff (S. 30); RGZ 98, S. 13 ff (14).
 - (211) So bei der Eheschließung nach § 13 EheG; bei der Adoption nach § 1750 BGB, bei der ordentlichen Testamentserrichtung nach §§ 2231 Nr. 1, 2232, 2238 I BGB - beim eigenhändigen Testament nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 kommt Botenschaft ohnehin nicht in Betracht.
 - (212) Bei vertretungsfeindlichen Geschäften ist vielfach öffentliche Beurkundung vorgeschrieben, vgl. z.B. §§ 2232; 2276 I ; 2348 BGB. Daß diese nach §§ 168 ff FGG die persönliche Anwesenheit des Erklärenden, hier also des Geschäftsherrn, erfordert, wurde vorstehend schon ausgeführt - vgl. oben Abschnitt B 3 b.

nicht entgegen. Zwar ist die Übergabe ein Realakt, die Übereignung insgesamt ist jedoch ein (dingliches) Rechtsgeschäft.

2. Merkmal: Das "Geschäft mit dem, den es angeht" muß über einen Mittler getätigt werden.

- a) Die h.M., wonach ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur über einen Vertreter zustandekommen kann, trifft bei den "offenen" Geschäften nicht zu; bei diesen kann der Mittler auch ein Bote sein.
- b) Hieraus folgt, daß Rechtsgeschäfte, die weder über einen Vertreter, noch unter Einschaltung eines Boten getätigt werden dürfen, nicht mit "dem, den es angeht", geschlossen werden können.
- c) Dies steht aber, obwohl die Übergabe ein Realakt ist, der Zulässigkeit einer Fahnisübereignung "an den, den es angeht" nicht entgegen. Diese kann über eine Mittelsperson erfolgen: der Mittler vertritt den Geschäftsherrn bei der Einigung und nimmt die Sache als Besitzdiener oder -mittler in Empfang, bzw. übergibt sie als solcher dem Gegner.

3. Merkmal: Der Erstkontrahent kennt den Geschäftsherrn nicht.

- a) Ein Abschluß mit einem Unbekannten ist im Rahmen der Vertragsfreiheit und der daraus resultierenden Gestaltungsfreiheit grundsätzlich ebenso zulässig wie das Handeln für einen anonymen Hintermann.
- b) General1 unzulässig ist ein Vertragsschluß mit einem unbekannten Partner nur in folgenden Ausnahmefällen:

- Bei einseitigen Rechtsgeschäften ohne Einverständnis des Gegners;
- bei bedingungsfeindlichen Geschäften, soweit nicht ein entsprechend bevollmächtigter Vertreter in Unkenntnis, ob sein Auftraggeber lebt für diesen oder für dessen Erben handelt;
- bei vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften.

2. Teil

- Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" -

§ 1

Allgemeiner Überblick über den Anwendungsbereich der Rechtsfigur

1. Ausgangsfälle

Die Sachverhalte, auf die die Grundsätze des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" Anwendung finden, zeichnen sich vor allem dadurch aus, daß hier für den Erstkontrahenten nicht erkennbar ist, daß der Handelnde kein Eigen- sondern ein Fremdgeschäft schließt. Wenn man von der herkömmlichen Stellvertretungslehre und -terminologie ausgeht, läge hier also immer eine indirekte oder verdeckte (213) und damit nur mittelbare Stellvertretung vor, mit der Folge, daß das Rechtsgeschäft nach § 164 (II) mit dem Mittler zustande käme (214). In den zur Rede stehenden Fällen, insbesondere bei den sogenannten "Geschäften des täglichen Lebens", erscheint der h.M. dieses Ergebnis unbillig und nicht interessengerecht. Sie nimmt deshalb an, daß das Handeln des Mittlers über die Rechtsfigur des "Geschäfts mit dem, den es angeht" wie bei einer normalen direkten Stellvertretung unmittelbar für und gegen den Geschäftsherrn wirkt.

Die Ansicht der h.M. stößt insbesondere in der jüngeren Lehrbuchliteratur zunehmend auf Kritik (215). Insbesondere Flume, der sich unter den modernen Autoren am eingehendsten mit dem "Geschäft mit dem, den es angeht" befaßt, bestreitet bereits die Notwendigkeit

-
- (213) Als "verdeckte Stellvertretung" werden hier in Anlehnung an die Terminologie der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" die Fälle bezeichnet, in denen der Vertreter entgegen § 164 BGB das Vertretungsverhältnis nicht offenlegt.
- (214) Dies ist auch der Grund, warum auch heute noch verschiedene Autoren, anstatt die Ausdrücke "Geschäft mit dem, den es angeht" bzw. einen ähnlichen Terminus zu verwenden, von Fällen "verdeckter Stellvertretung" sprechen, so z.B. J. v. Gierke, Handelsrecht, § 69 III 3 b; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929.
- (215) Enn.-Wolff-Raiser, § 66 I 16; Flume, § 44 II (2); Larenz AT, § 30 II b; Wolf, Allg. Teil, § 13 D V und Sachenrecht, § 5 A VIII e; ablehnend auch Heymann-Kötter, HGB, Anm. 5 zu § 383.

dieser rechtlichen Konstruktion, die er im übrigen als mit dem geltenden Recht unvereinbar ablehnt (216).

Als typische Fälle, in denen nach h.M. über die Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ein (obligatorischer und/oder dinglicher) Vertrag zwischen dem Erstkontrahenten und dem Hintermann zustandekommen soll, sei an die bereits im ersten Teil (217) angeführten Eck'schen Beispiele erinnert, in denen ein Kutscher ein Pferd bzw. eine Haushälterin silberne Löffel für ihren Dienstherrn kaufen.

- Am Rande sei hier auf eine Eigentümlichkeit hingewiesen, die symptomatisch sein dürfte für die wirklichkeitsfremde Betrachtungsweise, die viele Abhandlungen über das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" auszeichnet: gemeint ist der Umstand, daß von den erwähnten Beispielen ausgerechnet das von der "Löffelkaufenden Haushälterin" berühmt geworden ist, während der "Kutscher-Fall" kaum jemals erwähnt wird (218). Dabei scheint es in der Praxis viel eher vorstellbar, daß ein Kutscher ein Pferd, das er für seinen Dienstherrn gekauft hat, zunächst in seinem Stall einstellt (wo es dann gepfändet wird), als daß eine Haushälterin, die ja regelmässig im Hause ihres Arbeitgebers wohnt, silberne Löffel des Hausherrn, auch wenn sie gerade gekauft wurden, in ihrem Zimmer aufbewahrt. Zumindest zu der Zeit, da Eck dieses Beispiel zur Diskussion stellte, hätte sie damit im Zweifel ihre fristlose Entlassung, wenn nicht gar eine Anzeige wegen Unterschlagung riskiert. Für mindestens ebenso unwahrscheinlich halte ich es, daß ein Gerichtsvollzieher in der damaligen Zeit (um die Jahrhundert-

(216) Rechtsgeschäft II, § 44 II (20).

(217) Vgl. oben I. Teil, § 1 A 2a (S. 7).

(218) Im Gegensatz zum Beispiel von der "Löffelkaufenden Haushälterin" findet sich der "Kutscher-Fall" zumindest in keiner der neueren Abhandlungen zum "Geschäft mit dem, den es angeht".

wende) bei einer Haushälterin silberne Löffel überhaupt gepfändet hätte. Wenn dies nach § 808 ZPO auch zulässig ist, hätte er auf die Pfändung wohl verzichtet, weil er davon ausgegangen wäre, daß das Silberbesteck nur dem Hausherrn gehören konnte.

2. Voraussetzungen für ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht"

Unter den Anhängern der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" bestand von jeher Einigkeit darüber, daß die Mittelsperson, die einen solchen Vertrag schließt, kein Bediensteter des Geschäftsherrn sein muß (219). Als einzige Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Abschlusses wurde und wird vielmehr gefordert, daß dem Erstkontrahenten "gleichgültig" ist, mit wem der Vertrag geschlossen wird (220). Dabei besteht unter den Anhängern des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" jedoch keine Einigkeit darüber, wann, d.h. bei welchen Geschäften davon ausgegangen werden kann, daß diese "Gleichgültigkeit" auf seiten des Gegners vorliegt:

-
- (219) A.A. ist, vom Ergebnis her betrachtet, Flume - § 44 II 2 d - der einen unmittelbaren Eigentumserwerb für den Geschäftsherrn in Fällen verdeckter Stellvertretung nur zulassen will, wenn der Handelnde "in einen Betrieb oder Haushalt eingefügt" ist und "wenn der Erwerb mit Mitteln des Betriebs oder Haushalts und für diesen erfolgt". Flume gelangt zu diesem Ergebnis allerdings nicht über die Konstruktion des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", die er ausdrücklich ablehnt - vgl. § 44 II 2 c -, sondern über eine analoge Anwendung des § 1646 BGB, die er (nur) in diesen Fällen mit Rücksicht auf den "Status der Einordnung in den Haushalt oder Betrieb" bejaht.
- (220) Vgl. z.B.: Baur, § 51 VII 3; Lent-Schwab, § 30 V; Westermann, § 42 IV 3 (e); Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Lange AT, § 46 IV 3 c; Lange, Sachenrecht, § 50 IX; Capelle, B § 13 IV 3; Schumann II, § 14 III 2 b (b); v. Gierke, § 69 III 3 b; R. Hoffmann, JuS 1970 S. 234, 451, 570; Müller-Freienfels, "Vertretung beim Rechtsgeschäft", S. 21 f; Ohr, AcP 150, S. 525 ff; v. Lübtow, aaO, S. 227 ff (z.B. S. 239 f); Rümelin, aaO, z.B. S. 227; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Johannsen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929; Soergel - Schultze - v. Lasaulx, Vorbem. 31 v. 164; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu 164; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1a zu § 164; Palandt-Degenhart Anm. 5a bb zu § 929; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 393; Bandasch Anm. 7 d zu § 384; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12a zu § 366 und Anm. 33 zu § 383; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383; aus der Rspr. RGZ 100 S. 190; RGZ 109 S. 168; RGZ 140 S. 223; BGH NJW 1955 S. 587 = WPM 1955 S. 462.

- a) Teilweise, so vor allem vom Reichsgericht (221) wird, bzw. wurde vertreten, daß eine Vertragspartei beim Abschluß obligatorischer Verträge grundsätzlich daran interessiert sei zu wissen, wer ihr Partner ist und daß deshalb ein solcher Abschluß nur bei dinglichen Geschäften in Form einer "Übereignung an den, den es angeht" vorkommen kann (222).

Wenn auch unter den Anhängern des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", soweit ersichtlich, unstrittig ist, daß beim dinglichen und beim obligatorischen Geschäft jeweils gesondert geprüft werden muß, ob es mit "dem, den es angeht", also dem Geschäftsherrn, oder mit dem Mittler zustande gekommen ist, hält doch die Mehrzahl auch ein schuldrechtliches "Geschäft mit dem, den es angeht" für möglich. Im Gegensatz zum Reichsgericht und den übrigen Anhängern der Lehre von der "Übereignung an den, den es angeht" ist die Mehrzahl der Autoren der Ansicht, daß es auch bei obligatorischen Verträgen vorkomme, daß den Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners nicht interessiere (223). Überwiegend wird allerdings die Möglichkeit, schuldrechtlich "mit dem, den es angeht", zu kontrahieren durch die These eingeschränkt, daß beim obligatorischen Kausalgeschäft seltener als beim dinglichen Er-

-
- (221) Diese Auffassung vertrat das RG in ständiger Rechtsprechung; vgl. neben den in vorstehender Fußnote (220) genannten Entscheidungen Gruch 47 S. 987. JW 1928 S. 561 (9); RGZ 99 S. 208; in diesen Entscheidungen wird allerdings nicht genau zwischen einem Eigentumserwerb durch eine "Übereignung an den, den es angeht" und einem solchen über ein antezipiertes Besitzkonstitut unterschieden.
- (222) z.B. von Baur, § 51 VII 3; Westermann, § 42 IV 3 (e); in seiner Kommentierung für Erman - vgl. insbes. Anm. 26 f zu § 929 - schränkt er seine prinzipielle Ablehnung eines obligatorischen "Geschäfts mit dem, den es angeht" allerdings ein und läßt zumindest theoretisch auch eine solche Vertragsgestaltung zu; Lent-Schwab, § 30 V; v. Gierke § 69 III 3 b; Schumann II, § 14 III 2 b (b); Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12 a zu § 366 und Anm. 33 zu § 383; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383.
- (223) Vgl. R. Hoffmann, JuS 1970, S. 234, 451, 570; Müller-Freienfels, aaO, S. 21 f; Ohr, aaO; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Johannsen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929; auch der BGH scheint den Anwendungsbereich des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" nicht auf die Übereignung von Mobilien zu beschränken vgl. NJW 1955 S. 587 = WM 1955 S. 462 ("Volkswagensparerprozeß").

füllungsgeschäft davon ausgegangen werden könne, daß dem Gegner die Person des Geschäftsherrn gleichgültig sei (224).

- b) Soweit ersichtlich besteht unter denjenigen, die ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zulassen, Einigkeit, daß ein solcher Abschluß "in der Regel" nur bei einem "Geschäft des täglichen Lebens" vorkomme, da normalerweise nur hier angenommen werden könne, daß dem Erstkontrahenten gleichgültig sei, wer sein Gegner ist (225). Teilweise wird diese Einschränkung nur bei obligatorischen Verträgen gemacht (226), überwiegend wird sie jedoch auch beim (dinglichen) Erfüllungsgeschäft vertreten (227).

(224) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Lange AT, § 46 IV 3 c; Lange, Sachenrecht, § 50 IX; Capelle, S. 121 f; Fikentscher, AcP 154 S. 1 ff (20 f); v. Lübtow, aaO, S. 239 f; Bandasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929; RGSt JW 1931 S. 540 mit einer auch die zivilrechtlichen Ausführungen ausdrücklich billigenden Anm. von Mannheim.

(225) Vgl. aus der Rspr. z. B. RGZ 100 S. 192; 140 S. 229; der BGH läßt die Frage ausdrücklich offen, "ob eine solche rechtliche Betrachtung (die Annahme eines "Geschäfts mit dem, den es angeht" oder, in der Terminologie des BGH, eines "Vertrages für Rechnung dessen, den es angeht") für Verträge, die über den Rahmen der Geschäfte des täglichen Lebens hinausgehen, überhaupt in Betracht kommen kann" - BGH NJW 1955 S. 587 ff (590);
aus der Literatur: Westermann, § 42 IV 3 c; Baur, 51 VII 3; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c; v. Lübtow aaO, S. 240; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164, der diese Einschränkung aber offensichtlich nur für den obligatorischen Vertrag gelten lassen will.
-A.A. sind, soweit ersichtlich, nur Degenhart in Palandt, Anm. 5 a bb zu § 929 und Johansen in BGB-RGRK, Anm. 35 zu § 929 BGB, die beide den Begriff des "Geschäfts des täglichen Lebens" nicht verwenden.

(226) So von Heinrichs, aaO, und von v. Lübtow, aaO.

(227) Vgl. die übrigen Literaturnachweise in obiger Fußnote (225).

- c) Von verschiedenen Autoren, die ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zulassen, werden noch eine Reihe zusätzlicher Anforderungen an die Art der Rechtsgeschäfte gestellt, bei denen ein solcher Abschluß in Frage kommt, wobei mehr oder weniger stark zwischen dinglichen und obligatorischen Verträgen unterschieden wird (228). So wird angenommen, daß es dem Gegner nur bei **B a r g e s c h ä f t e n** gleichgültig sein kann, mit wem er kontrahiert (229), daß nur Verträge, die **Z u g u m Z u g** erfüllt werden mit dem, den es angeht, geschlossen werden können (230) und anderes mehr (231).
- d) Sämtliche bisher genannten Abgrenzungskriterien sind nach überwiegender Meinung nicht uneingeschränkt, sondern nur "in der Regel" anwendbar. Deshalb wird die Frage, wann "mit dem, den es angeht", kontrahiert werden kann, in der vorliegenden Literatur auch nicht allgemein und abstrakt, sondern immer nur für Einzelfälle beantwortet. Dabei wird, um es zu wiederholen, regelmäßig zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft unterschieden.

3. Zusammenfassung zu § 1

- a) Über die Konstruktion eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" läßt die h.M. unter bestimmten Voraussetzungen die Wirkungen offener Stellvertretung, d.h. unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Erstkontrahent und Vertretenen, auch in Fällen eintreten, in denen der Mittler nicht erkennbar für den Geschäftsherrn handelt.

-
- (228) Besonders deutlich unterscheiden zwischen schuld- und sachenrechtlichen Verträgen z.B. Degenhart in Palandt, Anm. 5 a bb zu § 929 und Westermann in Erman, Anm. 19 zu § 164.
- (229) Vgl. z.B. von Lübtow, aaO, S. 254 f; Lehmann-Hübner § 36 IV 2o.
- (230) So Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164.
- (231) Vgl. z.B. die Aufzählung verschiedener Kriterien bei Soergel - Schultze=von Lasaulx, aaO.

- b) Voraussetzung für die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist nach einhelliger Meinung, daß dem Erstkontrahenten gleichgültig ist, mit wem er kontrahiert.
- c) Diese Bedingung soll nach Überwiegender Meinung in der Regel bei den sogenannten "Geschäften des täglichen Lebens" erfüllt sein. Außerdem kann nach h.M. generell davon ausgegangen werden, daß den Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners bei dinglichen Verträgen weniger interessiert als bei obligatorischen. Letztlich soll es für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur aber auf die Umstände des konkreten Einzelfalles ankommen, wobei im Einzelnen vieles unklar ist.

§ 2

Die rechtliche Problematik des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht".

1. Rechtliche Einordnung der Rechtsfigur

- a) Die Rechtsfigur des "Geschäfts mit dem, den es angeht" wird allgemein dem Recht der Stellvertretung zugeordnet (232). Für das hier zu erörternde "verdeckte Geschäft" ist diese Betrachtungsweise zutreffend. Zwar berührt diese Rechtsfigur, wie schon jetzt zu betonen ist, auch andere Rechtsgebiete - so ist die "Übereignung an den, den es angeht" naturgemäß auch unter sachenrechtlichen Aspekten zu untersuchen - bei den hierbei auftauchenden Fragen handelt es sich jedoch nur um Randprobleme von geringerer Bedeutung.

Cohn, der soweit ersichtlich als einziger leugnet, "daß das Handeln für denjenigen, den es angeht, eine Art des stellvertretenden Handelns darstelle" (233), begründet seine Ansicht unter anderem damit, daß ein solches Geschäft ja auch

(232) a.A. ist, soweit ersichtlich, nur Cohn, aaO, S. 11 ff.

(233) aaO, S. 11.

über einen Boten getätigt werden könne. Diese Ansicht ist von seinem Standpunkt aus durchaus zutreffend, da Cohn, wie schon dargelegt wurde (234), nur die "offenen Geschäfte mit dem, den es angeht" zulassen will (235) und die Lehre vom "verdeckten" Geschäft als "unzulässige Willensfiktion" ablehnt (236).

Bei den hier zu erörternden Fällen des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" greift Cohns Hinweis auf die Botenschaft jedoch nicht durch. Diese Geschäfte können, wie bereits dargelegt wurde, (wenn überhaupt) nur über einen Vertreter getätigt werden (237).

- b) Innerhalb des Stellvertretungsrechts tangiert die Konstruktion des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" vor allem § 164 (II) BGB:

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Abschlusses "mit dem, den es angeht", gipfelt letztlich in der Frage nach der Zulässigkeit verdeckter Stellvertretung. Dies hat schon das Reichsgericht klar erkannt und zum Ausdruck gebracht (238) und das ist heute allgemeine Meinung (239). "Die Zulassung... des verdeckten Geschäfts für den, den es angeht, bedeutet," wie Larenz zu Recht bemerkt, "... eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips " (240).

(234) Vgl. oben, I. Teil, § 1 C 2c dd (S. 29)

(235) aaO, S. 5 und S. 12 f.

(236) aaO, S. 163.

(237) Vgl. oben I. Teil, § 2 B 2a. (S. 43 f)

(238) Das RG sprach immer nur von Fällen der "sogenannten stillen oder verdeckten Stellvertretung" (RGZ 140, S. 229 vgl. auch RGZ 100 S. 192). Dieser Terminus findet auch heute noch Verwendung - vgl. z.B. Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929 und Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383.

(239) Vgl. neben den vorstehenden nur Soergel - Schultze-von Lasaulx Vorbem. 37 ff zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Flume, § 44 II 2 (insbes. c); Larenz AT, § 30 II b (S. 479).

(240) aaO, S. 491 .

Da dieser Grundsatz in § 164 BGB gesetzlich verankert ist, beinhaltet das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" also eine (einschränkende) Rechtsfortbildung. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 164 (II) BGB auf diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen dem Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners nicht gleichgültig ist, kann der Bestimmung auch im Wege der Auslegung nicht entnommen werden (241).

Die Frage nach der Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" stellt demnach ein Problem der Rechtsfortbildung dar oder genauer, ein Problem der teleologischen Reduktion (242) des § 164 (II) BGB.

2. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rechtsfigur

Aus dem Vorstehenden folgt ohne weiteres, daß die Konstruktion des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die bei jeder (erlaubten) Rechtsfortbildung erfüllt sein müssen.

- a) Nach allgemeiner Auffassung ist eine Fortbildung des positiven Rechts, die über eine bloße Auslegung hinausgeht (243),

(241) Dies ist, soweit ersichtlich, jedenfalls seit v. Lübtow - vgl. aaO S. 263 - unstrittig. Vgl. aus der modernen Literatur z.B. neben Larenz und Flume aaO, Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 39 zu § 164; Enn.-Nipperdey § 179 III 3c; Westermann § 42 IV 3 e. In der älteren Literatur wurde dagegen häufig die gegenteilige Auffassung vertreten. Neben Cohn, aaO, der die Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" überhaupt leugnet, ist hier insbesondere Siebert, "Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis", 1933, S. 118 ff zu nennen. Seines Erachtens handelt es sich beim "verdeckten" nur um einen Unterfall des "offenen Handelns für denjenigen, den es angeht" und damit um einen "erweiterten Fall der offenen Stellvertretung" - aaO, S. 122 -, der "mit der indirekten Stellvertretung nichts zu tun" hat - Fußnote 32 zu S. 122.

(242) Diesen Terminus verwendet Larenz in seiner "Methodenlehre" - vgl. S. 372 ff.

(243) Über Begriff und Methodik der Gesetzesauslegung vgl. Larenz, "Methodenlehre" S. 391 ff; Engisch, "Einführung in das jur. Denken", S. 85 ff; über ihre Abgrenzung gegenüber der Rechtsfortbildung vgl. Larenz, aaO, S. 342 f, ferner Larenz, "Das Verhältnis von Interpretation und richterliche Rechtsfortbildung" in der "Festschrift für Olivecrona", S. 384.

nur rechtmässig, wenn das Gesetz eine "Lücke" (244) oder, neutraler ausgedrückt, einen "Mangel" (245) aufweist (246). Nur unter dieser Voraussetzung sind die Gerichte berechtigt, selbst neues Recht zu schaffen und den festgestellten Fehler im Wege der Lückenausfüllung zu korrigieren.

- b) Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt ausserdem, daß die Befugnis zur Rechtsfortbildung unter dem Vorbehalt sachgerechter Ausübung steht, d.h. der Rechtsanwender darf nur (zur Lückenschliessung) taugliche Rechtsergänzungen bzw. -änderungen vornehmen. Der Richter darf eine Lücke im positiven Recht zwar schliessen, er ist aber nicht befugt, das geltende Recht so "fortzubilden", daß die Lücke nur verlagert oder gar noch vergrößert wird.
- c) Die Anwendung der Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" durch die Gerichte setzt demnach zweierlei voraus:
- (1) die darin enthaltene "Fortbildung" bzw. Einschränkung des § 164 (II) BGB muß notwendig sein, d.h. § 164 (II) BGB muß in seiner geltenden Form "mangel"- oder "lücken"-haft sein;
 - (2) die Rechtsfigur muß zur Lückenschließung tauglich sein, d.h. sie muß eine angemessene Lösung der Fälle ermöglichen, auf die sie angewendet werden soll.

- (244) Zum Begriff der "Lücke" vgl. z.B. Larenz, "Methodenlehre", S. 350 ff; Engisch, aaO, S. 134 ff; Canaris, "Die Feststellung von Lücken im Gesetz", S. 16 ff.
- (245) Den allgemeinen Begriff "Rechtsmangel" verwendet Engisch, aaO, S. 134 ff.
- (246) Vgl. Larenz, "Methodenlehre", S. 350 ff und S. 372 ff; Engisch, aaO, S. 134 ff; Enn.-Nipperdey, § 59 (II).

3. Zusammenfassung zu § 2

- a) Die Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", ist dem Recht der Stellvertretung zuzuordnen. Soweit bei ihrer Anwendung auch andere Gebiete tangiert werden, handelt es sich um eine reine Ausstrahlung, die für die rechtliche Einordnung nicht ausschlaggebend sein kann.
- b) Über die Konstruktion eines Abschlusses "mit dem, den es angeht", will die h.M. eine indirekte oder verdeckte Stellvertretung zulassen. Die Rechtsfigur beinhaltet demnach eine Rechtsfortbildung (des § 164 BGB).
- c) Eine Übertragung der allgemeinen Regeln, denen Rechtsfortbildungen unterliegen, auf das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" ergibt, daß eine Anwendung der Rechtsfigur nur zulässig ist, wenn § 164 BGB in seiner geltenden Fassung eine "Lücke" enthält, die die Konstruktion eines Abschlusses "mit dem, den es angeht", sachgerecht schließt.

§ 3

Die Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht"

A) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" beinhaltet eine Rechtsfortbildung und zwar, wie gezeigt werden wird, eine besondere Form der Rechtsfortbildung, die Larenz "teleologische Reduktion" nennt (247).

Üblicherweise bedeutet Rechtsfortbildung die Schliessung vorhandener Lücken durch die Schaffung neuen Rechts (248). Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" beinhaltet dem-

(247) Vgl. Larenz, "Methodenlehre" S. 372 ff.

(248) Vgl. hierzu Larenz, aaO, S. 350 ff.

gegenüber eine negative Ergänzung des positiven Rechts, konkreter des § 164 (II) BGB: Das Offenheitsprinzip soll nicht, wie in der Vorschrift vorgesehen, uneingeschränkt für jedes stellvertretende Handeln gelten; § 164 (II) wird vielmehr (entgegen seinem Inhalt) dahingehend interpretiert, daß er nur Anwendung findet, wenn die Interessen des anderen Vertragsteiles es erfordern. Die Norm, die fortgebildet wird, ist also nicht lückenhaft in dem (normalen) Sinne, daß sie bestimmte Fälle nicht ergriffe; ihr Mangel soll im Gegenteil darin bestehen, daß sie zu viele Sachverhalte erfaßt. Diese Art der Unvollkommenheit eines Gesetzes wird von Larenz zum Unterschied zur normalen als "verdeckte" Lücke bezeichnet, die hier angebrachte "Lückenschliessung" nennt er "teleologische Reduktion" (249). Abgesehen davon, daß sie unter umgekehrten Vorzeichen stehen, sind die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion die gleichen, wie für eine "normale" Rechtsfortbildung. Auch eine teleologische Reduktion ist nur zur Behebung eines Mangels im positiven Recht zulässig.

2. Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion

- a) Oben unter § 1 dieses Abschnitts wurde als Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" allgemein das Vorhandensein einer Gesetzeslücke gefordert. Diese Voraussetzung ist dahingehend zu präzisieren, daß eine verdeckte Stellvertretung nur zulässig sein kann, wenn § 164 BGB eine verdeckte Lücke enthält, d.h. gemäß der "immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die das Gesetz vermissen läßt" (250).

(249) aaO, S. 369. Enn.-Nipperdey spricht in diesen Fällen, um den einschränkenden Charakter der Rechtsfortbildung zu verdeutlichen, von einer "Restriktion" - vgl. § 59 (II).

(250) Larenz, aaO, S. 369.

Dieses Erfordernis wäre gegeben, wenn die Auffassung der h.M. zuträfe, wonach ein Festhalten am Offenkundigkeitsprinzip (251) in "Fällen mangelnden Offenheitsinteresses" (252) dazu führte, daß Ungleiches gleich behandelt wird (253). Die Durchbrechung des Offenheitsprinzips, die die Zulassung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" bedeutet (254), wäre dann durch das "Gebot...wertungsmässig gebotene Differenzierungen vorzunehmen" (255) gerechtfertigt.

- b) Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist, wie ebenfalls bereits dargelegt wurde, ihre Tauglichkeit zur Lückenschliessung. In Anknüpfung an die obigen Ausführungen bedeutet das konkret, daß die Rechtsfigur nur anzuerkennen ist, wenn sie es ermöglicht, die Fälle "mangelnden Offenheitsinteresses" sachgerechter zu entscheiden, als dies bei einer uneingeschränkten Anwendung von § 164 BGB möglich wäre. Hierbei ist von ausschlaggebender Bedeutung, ob und welche rechtlichen Probleme auftauchen, abgesehen von der Durchbrechung des Offenheitsprinzips, wenn man ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zuläßt.
- c) Demzufolge ist nunmehr nachzuprüfen, ob ein Festhalten am Offenheitsprinzip des § 164 BGB in den Fällen, in denen die h.M. die Grundsätze des "verdeckten Geschäfts mit dem, den

(251) Den Terminus "Offenkundigkeitsprinzip" verwendet Larenz AT, § 30 II b (S. 491).

(252) Mit dieser Bezeichnung umschreibt Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164, die Rechtsgeschäfte, bei denen er eine "verdeckte Stellvertretung" zulassen will.

(253) Nach Larenz, aaO, S. 369, "liegt die Rechtfertigung ... der teleologischen Reduktion in dem Gebot, "Ungleiches ungleich" zu behandeln..."

(254) Vgl. Larenz AT, § 30 II b.

(255) Larenz, "Methodenlehre," S. 369.

es angeht" anwendet, tatsächlich zu anderen und vor allem unsachgemäßen Ergebnissen führt.

Darüber hinaus ist die Rechtsfigur unter rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten auf ihre Praktikabilität hin zu untersuchen.

- Vorab muß jedoch noch eine Einschränkung gemacht werden:

Vor allem in der Literatur wird die Auffassung vertreten - und zwar teilweise auch von solchen Autoren, die diese Rechtsfigur ansonsten ablehnen (256) - daß bei der Einzahlung auf Sparkassenbücher das Geldinstitut über den Einzahlenden ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht", d.h. mit demjenigen, der als Darlehensgläubiger anzusehen ist, abschließt (257).

Nach der hier vertretenen Auffassung, die weiter unten noch näher begründet wird, stellen diese Geschäfte jedoch keine Fälle des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" dar. Sie werden daher hier aus der Erörterung ausgeklammert und später gesondert behandelt (258).

3. Zusammenfassung zu A)

- a) Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" beinhaltet eine Rechtsfortbildung in Form einer "teleologischen Reduktion": Die Vorschrift des § 164 (II) BGB wird dahingehend eingeschränkt, daß das Offenheitsprinzip bei der Stellvertretung nur gilt, wenn die Interessen des Gegners es erfordern.
- b) Die teleologische Reduktion des § 164 BGB ist nur zulässig, wenn sie vorgenommen werden muß, um eine "verdeckte Lücke" der Vorschrift sachgerecht zu schließen. Die Zulassung

(256) z.B. von Flume, § 44 II 2 b a.E.

(257) z.B. von Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164; im Ergebnis auch Erman-Westermann, Anm. 23 zu § 164.

(258) Gegen die Einordnung dieser Fälle unter die "Geschäfte mit dem, den es angeht", wendet sich auch Cohn, aaO, S.169 ff (174 ff).

eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" setzt demnach voraus, daß die Fälle "mangelnden Offenheitsinteresses" nur über diese Rechtsfigur zutreffend entschieden werden können.

- c) Diese Voraussetzungen werden im folgenden an Hand der Fälle überprüft, in denen die h.M. die Rechtsfigur anwendet. Einzahlungen auf Sparkassenbücher bleiben von der Untersuchung ausgenommen, weil es sich hierbei nicht um Fälle des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" handelt.

B) Enthält § 164 BGB eine verdeckte Lücke ?

1. Die Argumentation der Anhänger des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht"

- a) Verschiedentlich, insbesondere in den Großkommentaren (259), wird die Auffassung vertreten, das Festhalten am Offenheitsgrundsatz sei in den Fällen des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" überflüssig (260), da es sich hierbei um Geschäfte handle, "bei denen es sich sozusagen nicht lohnt, Erklärungen darüber abzugeben, ob der Handelnde für sich selbst oder für jemand anders und dann für wen auftreten will" (261). Hinter dieser Argumentation steht offensichtlich die Ansicht, daß es bei Alltagsgeschäften wie z.B. dem Kauf von Brötchen (262) nicht dafür steht, die Regeln einzuhalten, die das BGB in § 164 für die Stellvertretung allgemein vorschreibt.

Eine solche Betrachtungsweise ist m.E. sowohl unter praktischen, als auch unter rechtlichen Aspekten unhaltbar:

- Aus praktischer Sicht ist der These, die strenge Einhaltung des Offenheitsgrundsatzes lohne sich beim Brötchenkauf

(259) Staudinger-Coing, Vorbem. 44 ff zu § 164; vgl. auch Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 37 ff zu § 164.

(260) Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 39 zu § 164.

(261) Staudinger-Coing, Vorbem. 44 zu § 164.

(262) Das Beispiel des Brötchenkaufs verwendet z.B. Lenel in seinem Aufsatz "Stellvertretung und Vollmacht", Jherings Jhrb. 36, S. 1 ff.

nicht, entgegenzuhalten, daß es noch viel weniger dafür steht, wegen solcher Alltagsgeschäfte eine der wesentlichen Bestimmungen unseres Stellvertretungsrechts einzuschränken.

- Rechtlich ist dieser Auffassung entgegenzuhalten, daß sie in offenem Widerspruch zu den §§ 164 ff BGB steht. Bei der Frage, unter welcher Voraussetzung Stellvertretung zulässig ist, spielt die wirtschaftliche Bedeutung des betreffenden Rechtsgeschäfts keine Rolle. Daher kann es hierauf auch bei der Frage nach der Geltung des Offenheitsprinzips nicht ankommen.

- b) Überwiegend wird die Zulässigkeit des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" denn auch auf die These gestützt, die Interessen des Geschäftsherrn seien nur bei einem unmittelbaren Rechtserwerb durch ihn gewahrt. Hierbei denken die Anhänger des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", in erster Linie (vielfach auch überhaupt nur) an die Fälle, in denen bei der Übereignung beweglicher Sachen ein verdeckt handelnder "Stellvertreter" mitwirkt, also an die sog. "Übereignungen an den, den es angeht". § 164 (II) BGB, der demgegenüber das Interesse des Gegners an der Erkennbarkeit stellvertretenden Handelns schütze, könne dort nicht gelten, wo ein solches Interesse deswegen nicht vorliege, weil dem Erstkontrahenten gleichgültig sei, wer sein Vertragspartner werde (263).

Nach überwiegender Meinung soll bei § 164 (II) BGB eine teleologische Reduktion also deshalb zulässig und geboten sein, weil andernfalls auch in Fällen "mangelnden Offenheitsinteresses (264)" verdeckte Stellvertretung ausgeschlossen und damit eine sachgerechte Behandlung dieser Sachverhalte nicht möglich sei.

- (263) Diese Argumentation findet sich mehr oder weniger klar bei fast allen Anhängern des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", vgl. z.B. Westermann § 42 IV 3; Enn.-Nipperdey § 179 III 3 c; RGZ 100 S. 190 ff; sie findet sich auch bei Soergel - Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 39 zu § 164 und indirekt bei Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; vgl. ferner v. Lübtow, aaO, S. 239 ff; Ohr, "Zur Anerkennung der verdeckten Stellvertretung" AcP 150, S. 525.
(264) Diese Bezeichnung verwendet Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164.

2. Die Gegenmeinung

- a) Diese Ansicht stößt, wie die gesamte Rechtsfigur des "Geschäfts mit dem, den es angeht" insbesondere in der jüngeren Lehrbuchliteratur auf Kritik (265). Vor allem unter Hinweis auf die Rechtsfigur des "antizipierten" oder besser "antezipierten Konstituts" (266) wird von den genannten Autoren (267) gegen die Zulässigkeit einer verdeckten Stellvertretung (268) eingewandt, hierdurch werde in ihrem Hauptanwendungsfall, dem Mobilienerwerb, im Grunde nur ein Durchgangserwerb beim Mittler vermieden (269). Dies sei aber "kein Ergebnis, welches es rechtfertigen könne, die scharfe Trennung unserer Rechtsordnung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Stellvertretung ... aufzugeben" (270).
- b) Tatsächlich bietet das antezipierte Konstitut, das "heute allgemein für zulässig gehalten" wird (271), eine praktikable Möglichkeit, die Fälle, in denen die überwiegende Meinung mit dem "Geschäft mit dem, den es angeht" arbeitet, sachgerecht und gesetzeskonform zu lösen: Wenn sich Geschäftsherr und Mittler schon vorweg über den Eigentumsübergang geeinigt und ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart haben, dann erwirbt der erstere die Mobilität schon die berühmte "logische Sekunde", nachdem sie vom Erstkontrahenten an den Mittler übereignet worden ist.

- (265) Vgl. z.B. Flume § 44 II 2 c; Larenz, AT § 30 II b; Enn.-Wolff-Raiser, § 66 I 1 b.
- (266) Zur Bezeichnung "antezipiertes" anstatt "antizipiertes" Besitzkonstitut vgl. Baur, § 51 V 6 - Fußnote 1.
- (267) Vgl. obige Fußnote (265).
- (268) Um nichts anderes handelt es sich bei der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht", wie schon mehrfach dargelegt wurde.
- (269) Vgl. vor allem Flume, § 44 II 2 c; Larenz § 30 II b; Enn.-Wolff-Raiser § 66 I 1 b.
- (270) Flume, § 44 II 2 c (S. 773); der Satz, dem das Zitat entnommen ist, ist ausdrücklich auf "den Eigentumserwerb an Mobilien" beschränkt. Aus den folgenden Ausführungen folgt daher eindeutig, daß er uneingeschränkt gelten soll. Ähnlich argumentieren Larenz, aaO und Enn.-Wolff-Raiser, aaO.
- (271) Baur, § 51 V 6.

Die Annahme, daß ein solches antezipiertes Konstitut zwischen Hintermann und Handelndem vereinbart wurde, bereitet, wie Flume zu Recht hervorhebt (272), gegenüber der Annahme einer "Übereignung an den, den es angeht" praktisch keine zusätzlichen Schwierigkeiten: Auch im letzteren Fall ist nämlich, wie bereits dargelegt wurde (273), erforderlich, daß ein antezipiertes Besitzkonstitut vorliegt, und die Vereinbarung, daß der Handelnde seinen Hintermann bei der Einigung vertreten soll, kann ohne Schwierigkeit in eine interne, vorweggenommene Einigung umgedeutet werden.

- c) Demnach kann in all den Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine "Übereignung an den, den es angeht" gegeben wären, angenommen werden, daß zwischen Mittler und Geschäftsherrn ein antezipiertes Konstitut vereinbart wurde.

3. Die Konstruktion einer "Übereignung an den, den es angeht" ist, mit Rücksicht auf das antezipierte Konstitut überflüssig.

Über das antezipierte Konstitut besteht die Möglichkeit, dieselben Ergebnisse zu erreichen, die die h. M. über die "Übereignung an den, den es angeht" erzielt. Eine teleologische Reduktion von § 164 (II) BGB ist somit überflüssig.

Die Tatsache, daß bei einer "Übereignung an den, den es angeht" der Geschäftsherr das Eigentum unmittelbar erwirbt, während das antezipierte Konstitut zu einem Durchgangserwerb über den Mittler führt, hat weder in dem berühmten Eck'schen Beispiel, noch in den von der Rechtsprechung mit Hilfe des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" entschiedenen Fällen irgendwelche Auswirkungen auf das Ergebnis:

(272) S. 773.

(273) Vgl. oben Teil I § 2 B 3 o (S. 47 f).

- a) In dem schon mehrfach erwähnten Beispiel von Eck (274) wird gefragt, ob eine Drittwiderspruchsklage des Hausherrn nach § 771 ZPO begründet ist, wenn bei seiner Haushälterin silberne Löffel gepfändet werden, die diese für ihn mit seinem Geld gekauft hat.

Die Frage ist nicht nur dann uneingeschränkt zu bejahen, wenn man einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Hausherrn über ein "Geschäft mit dem, den es angeht" annimmt, sondern auch, wenn man bei der rechtlichen Beurteilung ein antezipiertes Konstitut (zwischen Hausherrn und Haushälterin) annimmt.

Dies gilt sogar dann, wenn man den von Larenz erwähnten, jedoch zu Recht als "rein theoretisch" bezeichneten Sachverhalt annimmt, daß der Gerichtsvollzieher die Haushälterin auf ihrem Einkaufsgang begleitet und die Löffel bei der Übergabe pfändet (275). Larenz, der offensichtlich der gegenteiligen Ansicht ist (276) übersieht m.E., daß sich der Durchgangserwerb binnen einer logischen Sekunde vollzieht. Hierbei handelt es sich um einen zeitlich nicht meßbaren Moment, während dem eine Sache zwar von einer schon bestehenden Verstrickung, wie z.B. dem Vermieterpfandrecht, erfaßt, aber nicht von einem Gerichtsvollzieher gepfändet werden kann.

- b) Auch in all den Fällen, in denen die Rechtsprechung ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" angenommen

(274) Eck, "Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches", Bd. I, 2. Aufl., herausgegeben von R. Leonhard, S. 179.

(275) aaO, § 30 II b (S.491).

(276) Sonst würde er das Beispiel nicht eigens erwähnen und sich nicht auf das Argument zurückziehen, daß ihm keine praktische Bedeutung zuzumessen sei - vgl. S. 491.

hat, hätte sich an der Entscheidung nichts geändert, wenn von einem anteziptierten Konstitut ausgegangen worden wäre.

Bei den Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen dieses eine "verdeckte Stellvertretung" zugelassen hat, ergibt sich das schon daraus, daß dort entweder (trotzdem) ein Durchgangserwerb des Handelnden angenommen (277) oder ein solcher zumindest nicht ausdrücklich (278) ausgeschlossen wird (279). In dem, soweit ersichtlich, einzigen Urteil (280) aber, in dem das Reichsgericht ausdrücklich feststellt, daß bei einem "Geschäft mit dem, den es angeht" der Geschäftsherr unmittelbar vom Veräußerer Eigentum erwirbt (281), wird das Vorliegen eines solchen Geschäfts verneint.

Außer den vorstehend erwähnten RG-Entscheidungen ist, soweit ersichtlich nur noch ein Urteil des OLG Celle (282) auf die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" gestützt. Auch hier wäre die Entscheidung entgegen der Annahme des erkennenden Senats, nicht anders ausgefallen, wenn man von einem anteziptierten Konstitut ausgegangen wäre und einen Durchgangserwerb des Mittlers angenommen hätte:

(277) RGZ 99 S. 208.

(278) RGZ 100 S. 190 und RGZ 109 S. 167.

(279) Hierauf wird in der Lehrbuchliteratur verschiedentlich zu Recht hingewiesen: vgl. Flume, § 44 II 1 c (S. 768); Enn.-Nipperdey, § 179, Fußnote 20; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c.

(280) RGZ 140 S. 223.

(281) ~~sa~~O, S. 229.

(282) OLG Celle in NJW 1955 S. 671.

In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte ein Mann im Auftrag seiner Schwiegermutter Möbel gekauft, ohne das Vertretungsverhältnis offenzulegen. Die Möbel waren (als Aussteuer) für seine Frau bestimmt. Die Lieferung erfolgte unter Eigentumsvorbehalt. Nach Bezahlung der letzten Rate vollstreckte ein Gläubiger des Ehemannes in den Hausrat. Die Ehefrau widersprach der Pfändung mit der Begründung, die Möbel seien ihr Eigentum. Der Gläubiger ist der Ansicht, der Ehemann, sein Schuldner, sei Eigentümer, da dieser die Möbel im eigenen Namen gekauft habe. Hilfsweise erhebt er die Einrede der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz.

Das Gericht nimmt an, die Möbel seien vom Verkäufer nach den Grundsätzen der "Übereignung an den, den es angeht" unmittelbar an die Ehefrau (und nicht etwa an die Schwiegermutter) des Mannes übereignet worden (283).

- Diese Rechtsauffassung ist, selbst wenn man die Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" hier der "Übereignung an den, den es angeht", anerkennt, sehr problematisch. Da hier aber nur nachgewiesen werden soll, daß das Urteil ebensogut über die Annahme eines antezipierten Konstituts zu begründen gewesen wäre, wird auf eine detaillierte Kritik verzichtet (284). -

-
- (283) M.E. ist völlig unverstündlich, wieso im vorliegenden Fall nach Auffassung des erkennenden Senats die Ehefrau und nicht die Schwiegermutter diejenige war, "die es angeht", obwohl nach dem eigenen Vortrag des handelnden Ehemannes, der als zutreffend unterstellt wird, dieser die Möbel "im Auftrage seiner Schwiegermutter" gekauft hatte.
 - (284) Immerhin sei darauf hingewiesen, daß die Annahme des Gerichts, im vorliegenden Fall sei es dem Verkäufer gleichgültig gewesen, wem er zunächst das Anwartschaftsrecht und später das Eigentum an den Möbeln übertragen habe, kaum haltbar erscheint: Nicht nur, daß die Lieferung an den Ehemann unter Vorbehalt des Eigentums erfolgte, hatte dieser den Kaufvertrag auch noch ausdrücklich im eigenen Namen geschlossen, nachdem sein Versuch, die Möbel als offener Vertreter seiner Schwiegermutter zu kaufen, am Widerstand des Verkäufers gescheitert war.

Für die letztlich entscheidenden Fragen, ob die Einrichtung im Zeitpunkt der Pfändung a) im Eigentum der Klägerin stand und ob dieses Eigentum b) anfechtbar ist, spielt es überhaupt keine Rolle, ob man ein antezipiertes Konstitut oder eine "Übereignung an den, den es angeht" annimmt:

- Auch ein Durchgangserwerb des Handelnden als Konsequenz eines antezipierten Konstituts würde am späteren Eigentum der Klägerin nichts ändern.
- Die Folgerung, die das Gericht aus der unmittelbaren Eigentumsübertragung an die Klägerin hinsichtlich deren Anfechtbarkeit zieht, ist unrichtig: Die Ansicht, mit Rücksicht hierauf komme es auf die vom Beklagten "erhobene Anfechtungseinrede ... nicht an" ist unzutreffend. Auch die unmittelbare Übereignung durch den Verkäufer an die Klägerin kann eine (mittelbare) Zuwendung ihres Ehemannes darstellen, die u.U. der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz unterliegen würde (285) .

4. Die Fälle, in denen es auf einen unmittelbaren Eigentums-
erwerb ankommt, rechtfertigen keine Rechtsfortbildung

Die Frage, ob der Geschäftsherr das Eigentum über ein "Geschäft mit dem, den es angeht" unmittelbar vom Verkäufer oder auf Grund eines antezipierten Konstituts über seine Mittelsperson erwirbt, hat nur dann praktische Bedeutung, wenn es darum geht, ob die Mobilie von einem bei der Übergabe bereits bestehenden besitzlosen Pfandrecht (am Vermögen des Mittlers) oder von einer schon erfolgten Beschlagnahme (eines Grundstücks des Mittlers) nach § 20 II ZVG erfaßt wird . Nur diese Ver-

(285) Vgl. Böhle-Stamschräder, Anm. III 6 zu § 1 Anf.G.; Jaeger, Gläubigeranfechtung, Anm. 50 zu § 1 Anf.G.; - Auf diesen Gesichtspunkt weisen G. und D. Reinicke in ihrer Anmerkung zu der Entscheidung - NJW 1955 S. 671 ff zu Recht hin.

strickungen können die Sache in der logischen Sekunde, in der sich der Durchgangserwerb beim Handelnden vollzieht, erfassen (286). Daraus folgt, daß die Annahme einer "Übereignung an den, den es angeht" überhaupt nur sinnvoll sein kann, wenn die Mobilität an den Mittler -in dessen Wohnung oder auf dessen Grundstück- geliefert wird. Der Umstand, daß § 164 (II) BGB (auch) in diesen Fällen keine verdeckte Stellvertretung zuläßt, bedeutet aber nicht, daß diese Bestimmung eine (verdeckte) Lücke enthält.

In diesen Fällen besteht keinerlei Bedürfnis nach der Zulassung einer verdeckten Stellvertretung. Das Argument, daß es sich bei den Geschäften, die "mit dem, den es angeht" geschlossen werden können, nicht "lohne" und es deshalb auch nicht zumutbar sei, das Vertretungsverhältnis offenzulegen (287), kann hier nicht verfangen: Wenn bei einem Kauf vereinbart ist, daß die Ware geliefert wird, dann muß der Käufer oder sein Mittler dem Verkäufer zumindest Namen und Adresse des Empfängers bekanntgeben. Unter diesen Umständen bedeutet es für den Mittler keinerlei Mühe, offenzulegen, daß er nicht im eigenen Namen handelt. Dies umsoweniger, als solche Verträge in der Praxis meist schriftlich geschlossen werden. Handelt der Mittler hier trotzdem als "verdeckter Stellvertreter", dann geschieht dies absichtlich; er will hier gerade nicht (wenigstens nicht offen) im Namen des Vertretenen handeln (288). Daß § 164 (II) BGB in diesen Fällen einer direkten Vertretung entgegensteht, liegt nicht an einer (verdeckten) Gesetzeslücke, sondern daran, daß das BGB jedenfalls eine bewußte, verdeckte Stellvertretung nicht zuläßt.

(286) Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung RGZ 140 S. 222 zu Grunde. Hier ging es um die Frage, ob die Mobilien als Grundstückszubehör von einer Hypothekenhaftung erfaßt wurden. Das RG führt auf S. 229 ausdrücklich aus, daß die Frage zu verneinen wäre, wenn eine "Übereignung an den, den es angeht" erfolgt wäre; dies war nach Ansicht des Gerichts aber nicht der Fall.

(287) Vgl. z.B. Staudinger-Coing, Vorbem. 44 zu § 164.

(288) Vgl. den oben besprochenen Sachverhalt, der OLG Celle in NJW 55 S. 671 zu Grunde liegt.

5. Es besteht kein Grund, ein obligatorisches "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zuzulassen

Auch nach einem obligatorischen "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" besteht kein Bedürfnis (289).

- a) Während die Lehre von der "Übereignung an den, den es angeht" auf die -hier bestrittene- These gestützt wird, die Zulassung dieser Rechtsfigur sei im Interesse des Geschäftsherrn notwendig, wird bei der Erörterung des obligatorischen "Geschäfts mit dem, den es angeht" von vornherein auf jeglichen Bedürfnisnachweis verzichtet.

Diejenigen, die einen schuldrechtlichen "Abschluß mit dem, den es angeht" für zulässig halten, beschränken sich bei der Begründung dieser Auffassung regelmässig auf die Feststellung, auch beim Kausalgeschäft ließen sich "sehr wohl Fälle denken, wo der Veräusserer keinen Wert darauf legt und zu legen braucht, wer in Wahrheit die Partei des Rechtsgeschäfts wird, da ihm nach der Interessenlage der Name und die Persönlichkeit seines Vertragsgegners vollkommen gleichgültig" seien (290).

Hier wird offensichtlich übersehen, daß es sich bei der Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", unabhängig davon, ob sie bei dinglichen oder bei obligatorischen Verträgen zur Anwendung gelangt, um eine Rechtsfortbildung bzw. um eine teleologische Reduktion handelt, die nur zulässig ist, wenn § 164 (II) BGB "gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf" (291). Wer, wie Westermann, der Ansicht ist, es bestünden gegen die Anerkennung der Rechtsfigur "keine Bedenken, soweit die Rechte der Vertrags-

-
- (289) So ausdrücklich auch Flume, § 44 II 2 b. Etwas anderes soll seiner Ansicht nach nur für Einzahlungen auf Sparkassenbücher gelten. Diese Sonderfälle sind hier aber ausdrücklich ausgeklammert worden, vgl. oben Ziff. 1 b dieses Abschnitts.
- (290) v. Lübtow, aaO, S. 240. Ähnlich argumentieren Soergel-Schultze v. Lasaulx, Vorbem. 41 f zu § 164; Enn.-Nipperdey § 179 III 3 c und Lehmann-Hübner § 36 IV 2 c.
- (291) Larenz, "Methodenlehre" S. 369.

partner nicht verletzt werden" (292) verkehrt diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz ins Gegenteil: nach dieser Auffassung ist es nicht mehr erforderlich, daß gewichtige Gründe für eine Rechtsfortbildung vorliegen, es soll vielmehr genügen, daß keine Gründe dagegen ersichtlich sind. - Eine solche Argumentation verbietet sich aber schon mit Rücksicht auf die in Art. 97 I GG verankerte Bindung des Richters an das Gesetz.

Die Argumente der h. M. vermögen die Zulässigkeit eines obligatorischen "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" somit nicht zu begründen.

- b) Die Möglichkeit schuldrechtliche Verträge "mit dem, den es angeht", abzuschließen, ist gegen die h.M. grundsätzlich zu verneinen, weil für eine entsprechende teleologische Reduktion des § 164 (II) BGB weder rechtliche noch sachliche Gründe bestehen (293).

Ein solcher Abschluß kommt nur bei Geschäften in Betracht, die beiderseits sofort erfüllt werden. Dies ist im wesentlichen auch unter den Anhängern der Rechtsfigur unstreitig (294). Der Grund für diese Einschränkung ist nach der hier vertretenen Auffassung, daß nur bei solchen Geschäften die Person des Geschäftsherrn offen bleiben kann. Bei Verträgen, die nicht beiderseitig sofort erfüllt werden, ist es unabdingbar, daß die Vertragsparteien beim Abschluß eindeutig bestimmt werden; andernfalls wäre entweder dem

(292) Sachenrecht, § 42 IV 3 e.

(293) In diesem Zusammenhang sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Fallgruppe der "Einzahlungen auf Sparkassenbücher" aus der vorliegenden Erörterung ausgeklammert ist. - Unter dieser Einschränkung ist Flume derselben Ansicht - vgl. § 44 II 2 b.

(294) Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 41 f zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Erman-Westermann, Anm. 19 zu § 164 und Anm. 26 f zu § 929; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; v. Lübtow, ZHR 112 S. 239 f.

Schuldner die Erfüllung oder dem Gläubiger die Durchsetzung seines Anspruches unmöglich. Das Argument, daß dem Erstkontrahenten die Person seines Gegners nur bei beiderseits sofort erfüllten Geschäften gleichgültig sein wird (295), erscheint demgegenüber von geringerer Bedeutung zu sein.

Bei beiderseits sofort erfüllten Geschäften ist es aber, wie Flume zu Recht hervorhebt, "für die primären schuldrechtlichen Wirkungen des Geschäfts ohne Belang, für wen das Geschäft gilt" (296). In der Terminologie der Anhänger eines obligatorischen Vertrages "mit dem, den es angeht", könnte man sagen: hier kann es nicht nur dem Erstkontrahenten, sondern auch dem Geschäftsherrn gleichgültig sein, für wen der Vertrag gilt.

Auch in Hinblick auf etwaige sekundäre Rechte, wie z.B. Gewährleistungsansprüche, bedarf es nicht der Annahme eines obligatorischen "Geschäfts mit dem, den es angeht". Für die Geltendmachung dieser Rechte genügt es völlig, wenn sie dem Geschäftsherrn vom Mittler zusammen mit der Kaufsache und etwaigen sonstigen Ansprüchen aus dem Kaufvertrag abgetreten worden sind. Eine solche Übertragung sämtlicher Ansprüche aus dem Kaufvertrag ist ohne weiteres möglich. Unzulässig ist nach § 399 BGB lediglich die isolierte Abtretung einzelner Gewährleistungsansprüche, wie z.B. des Rechts auf Wandelung oder Minderung nach § 462 BGB, da es sich hierbei um unselbständige Nebenrechte handelt (297).

(295) So argumentiert ganz überwiegend die h.M. - vgl. vorstehende Literaturnachweise.

(296) § 44 II 2 b.

(297) Larenz § 34 II 3; Palandt-Putzo, Anm. 1 c zu § 462.

Nach alledem ist Flume völlig beizupflichten, der der Ansicht ist, daß durch die Anerkennung eines obligatorischen "Geschäfts mit dem, den es angeht" die "Abwicklung des Geschäfts.... nur erschwert" wird und "ein Bedürfnis für die Anwendung der Lehre nicht besteht" (298). Wie überflüssig diese Rechtsfigur ist, läßt sich im übrigen auch daraus entnehmen, daß keine einzige Entscheidung ersichtlich ist, in der die Annahme eines schuldrechtlichen "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ernsthaft in Betracht gezogen worden wäre (299).

6. Zusammenfassung zu B)

Nach alledem kann als Zwischenergebnis also zweierlei festgestellt werden:

- a) Für die Anerkennung eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" besteht weder bei dinglichen noch bei obligatorischen Verträgen ein ernsthaftes Bedürfnis rechtlicher oder tatsächlicher Art:
- Auch bei einer strikten Anwendung des Offenheitsprinzips bei der Stellvertretung lassen sich die Fälle, bei denen die h. M. ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zulassen will, sachgerecht lösen; soweit die Rechtsprechung einen Abschluß "mit dem, den es angeht", bejaht hat, war dies rechtlich nicht erforderlich; die Annahme eines antezipierten Konstituts hätte in all diesen Fällen zum selben Ergebnis geführt. Dasselbe gilt für den berühmten Eck'schen Fall von der "Löffelkaufenden Haushälterin".

(298) § 44 II 2 b.

(299) Auch das Urteil des BGH im sog. "Volkswagenspariererprozeß" - NJW 1955 S. 587 ff, das teilweise als Beweis dafür angeführt wird, daß der BGH sowohl das obligatorische, als auch das dingliche "Geschäft mit dem, den es angeht" zumindest bei den "Geschäften des täglichen Lebens" - BGH aaO, S. 590 - anerkennt, bildet insoweit keine Ausnahme. Der BGH stellt ausdrücklich fest, - aaO, S. 590 - daß bei dem Sachverhalt, der dem Urteil zu Grunde lag, ein solcher Abschluß selbst dann nicht angenommen werden kann, wenn man ihn rechtlich für zulässig hielte.

- b) Hieraus folgt nach der hier vertretenen Auffassung, daß § 164 BGB, im Gegensatz zur Auffassung der Anhänger des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", nicht lückenhaft, d.h. ergänzungsbedürftig ist.
- c) Eine teleologische Reduktion von § 164 (II) BGB dahingehend, daß das Offenheitsprinzip nicht gilt, wenn dem Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners gleichgültig ist, wäre damit contra legem; der Abschluß eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist unzulässig.

C) Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" unter Praktikabilitätsgesichtspunkten

Unabhängig davon, daß das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht", wie oben nachzuweisen versucht wurde, eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem beinhaltet, ist diese Rechtsfigur auch aus Praktikabilitätsgesichtspunkten abzulehnen. Bei ihrer Anwendung entstehen, selbst wenn man die Frage der Zulässigkeit einer verdeckten Stellvertretung einmal außer Betracht läßt, eine Reihe von (zusätzlichen) rechtlichen und tatsächlichen Problemen, die nur teilweise zufriedenstellend gelöst werden können.

1. Steht § 433 BGB einer isolierten "Übereignung an den, den es angeht" entgegen ?

- a) Wie schon mehrfach betont wurde und sich im übrigen an der vorliegenden Rechtsprechung zum "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" zeigt, spielen derartige Abschlüsse in erster Linie bei der Übereignung von Mobilien im Rahmen von Kaufgeschäften eine Rolle (300). Bei der Anwendung

(300) In den Entscheidungen des RG in Gruch 47, S. 298; in JW 1928, S. 561 (9) sowie RGZ 99, S. 208; 100, S. 190; 109, S. 168; 140, S. 223; ging es ebenso wie in der Entscheidung des OLG Celle in NJW 1955 S. 671 immer um die Frage, ob der Veräußerer einer Mobilie die Ware an "den, den es angeht" oder an den Handelnden übereignet hat.

der Rechtsfigur wird nun vielfach - bei den vorliegenden Urteilen sogar immer (301) - zwischen dem (obligatorischen) Kausal- und dem (dinglichen) Erfüllungsgeschäft unterschieden (302). Wenn nun die Voraussetzungen für ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nur beim dinglichen Geschäft bejaht werden, bedeutet dies, daß der Kaufgegenstand an den Hintermann übereignet wird, obwohl nach § 164 II BGB der Handelnde als Käufer anzusehen ist.

- b) Ein Beispiel für eine solche Konstellation bietet die Entscheidung des Reichsgerichts, die im 100. Band auf S. 190 ff veröffentlicht ist. In dem Urteil nahm das Reichsgericht bei folgendem -vereinfacht dargestellten- Sachverhalt an, daß eine "Übereignung an den, den es angeht" vorgelegen habe:

- Herr M kaufte bei dem Verkäufer V Möbel auf Abzahlung. Weder bei den Verkaufsgesprächen, noch beim anschließenden Vertragsschluß gab er zu erkennen, daß er nicht für sich selbst handeln wollte; stattdessen schloß er den Kaufvertrag im eigenen Namen. Im Innenverhältnis war er jedoch Beauftragter und auch Besitzmittler (§ 868 BGB) der K (303). Demzufolge sah V den M als Käufer an und lieferte auch die Möbel an ihn.

(301) Vgl. die vorstehenden Rechtsprechungsnachweise.

(302) Vgl. Bendasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384. Capelle, S. 121 f. Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Fikentscher, AcP 154, S. 1 ff (20 f); Lange, BGB AT, S. 295; Lehmann-Hübner, § 46 IV 2 c; v. Lübtow, ZHR 112, S. 227 ff (239 f); Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Palandt-Degenhart, Anm. 5 a bb zu § 929; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; ferner naturgemäß alle die, die die Rechtsfigur nur beim dinglichen Vertrag anwenden wollen - vgl. die in Fußnoten (91) und (92) genannten Literatur- und Rechtsprechungsnachweise.

(303) Ob ein solches Innenverhältnis zwischen A und B bestand, ist in der Entscheidung - aaO, S. 192 - offengelassen, da die hierfür erforderlichen Feststellungen vom Berufungsgericht nicht getroffen waren.

Bei diesem Sachverhalt ist der Kaufvertrag eindeutig mit dem M zustande gekommen. So entschied auch das RG unter ausdrücklichem Hinweis auf § 164 II BGB. Hinsichtlich des Erfüllungsgeschäfts nahm es aber an, daß die Möbel vermittlels einer "Übereignung an den, den es angeht" von V unmittelbar an die B übereignet worden seien (304).

- c) Das Beispiel zeigt, daß nach Auffassung des RG und der h. M. (305), die das zitierte Urteil überwiegend billigt (306), eine "Übereignung an den, den es angeht", also an den Geschäftsherrn, auch dann möglich sein soll, wenn das Kausalgeschäft ein Kaufvertrag nach § 433 BGB ist, der mit dem Mittler geschlossen wurde (307).

Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Voraussetzung für die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" bei einem dinglichen Vertrag eher vorliegen wird, als bei einem obligatorischen: Während normalerweise jedermann interessiert sei, zu wissen, mit wem er schuldrechtlich kontrahiere, sei ihm häufig gleichgültig, an wen er z.B. eine Sache übereigne (308).

-
- (304) aaO, S. 192 f; das RG spricht allerdings nur davon, daß bei der Übereignung eine (zulässige) "verdeckte Stellvertretung" für die K vorgelegen habe; daß diese das Eigentum von V unmittelbar erhalten hat, wird nicht ausdrücklich festgestellt. Diese Konsequenz folgt aber zwingend aus der Annahme einer "verdeckten Stellvertretung".
- (305) Vgl. die in obiger Fußnote (302) genannten Nachweise.
- (306) Von den in obiger Fußnote (302) genannten Autoren lehnen nur v. Lübtow (aaO S. 254 f) und Lehmann-Hübner (§ 36 IV 2c) das Urteil ab- ohne es ausdrücklich zu erwähnen -, da beide die Voraussetzungen für eine "Übereignung an den, den es angeht" bei Kreditkäufen verneinen.
- (307) Vgl. in diesem Zusammenhang auch das bereits erwähnte Urteil des OLG Celle in NJW 1955 S. 671, das zu dem selben Ergebnis kommt.
- (308) Vgl. z.B. Bendasch, HGB, Anm. 7 d zu § 384; Capelle, S. 121 f; Baumbach-Duden, Anm. 3 D zu § 383; Fikentscher, AcP 154 S. 1 ff (20 f); Lange, BGB AT, S. 295; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Erman-Westermann, Anm. 19 zu § 164. Dagegen wohl Rother, "Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft" in AcP 169 S. 1 ff (18 ff), obwohl dort die vorliegende spezielle Problematik nicht behandelt wird. Seine Ansicht, daß ein "Zuordnungsvertrag" anzunehmen ist, der das

Die Argumentation der h. M. scheint an sich überzeugend: Da "dem dinglichen Rechtsgeschäft jedes verpflichtende Element fehlt" (309), spielt hier die Person des Partners für den Verfügenden tatsächlich eine geringere Rolle, als beim schuldrechtlichen Vertrag.

Aus dieser allgemeinen Feststellung ergibt sich nach der hier vertretenen Meinung aber noch nicht, wenigstens nicht ohne weiteres, daß auch demjenigen, der eine Mobilie auf Grund eines Kaufvertrages übereignet, häufig oder gar regelmässig "gleichgültig ist, für wen der Empfänger der Sache... diese erwirbt" (310). Selbst wenn man unterstellt, daß den Veräußerer auch hier die Person des Erwerbers nicht interessiert (311), so legt in diesem Fall § 433 BGB die Vermutung nahe, daß ihm zumindest daran gelegen sein muß, gerade "dem Käufer (wer auch immer das sein mag - Anm. des Verfassers) das Eigentum an der Sache zu verschaffen" (§ 433 Abs. 1, S. 1, 2. HS).

- d) Mit Rücksicht auf die soeben zitierte Bestimmung des § 433 muß man davon ausgehen, daß der Veräußerer den Kaufgegenstand regelmäßig mit der Absicht übereignet, seine Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag zu erfüllen. Damit kann ihm die Frage, an wen er übereignet nur solange gleichgültig sein, als die Verwirklichung dieser Absicht hierdurch nicht vereitelt oder auch nur verzögert wird. Man kann also keinesfalls schlechthin sagen, den Veräußerer interessiere (z.B. bei Barkäufen) nicht, wer den Kaufgegenstand erwerbe, sondern muß zumindest einschränkend

schuldrechtliche Kausal- und das dingliche Erfüllungsgeschäft verbindet und die damit verbundene Abkehr vom "reinen" Abstraktionsprinzip, ist m.E. mit der im Text wiedergegebenen Meinung nicht vereinbar.

- (309) Baur, § 5 II 2, in Übereinstimmung mit der einhelligen Meinung, die auch Rother teilt. - Vgl. aaO, S. 19, wo er die Notwendigkeit, einen besonderen Zuordnungsvertrag anzuerkennen, u.a. hiermit begründet. Die Folgerungen, die die h.M. aus dieser Eigenschaft des dinglichen Rechtsgeschäfts zieht, dürften mit Rother's Ansicht allerdings nicht mehr vereinbar sein (vgl. vorstehende Fußnote (308)).
- (310) RGZ, aaO, S. 192.
- (311) Selbst dies erscheint zumindest bei Kreditkäufen, insbes. aber dann, wenn die Ware unter Eigentumsvorbehalt geliefert wird, sehr zweifelhaft. Wie hier: v. Lübtow, ZHR 112, S. 254 f und Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c, die in diesen Fällen eine Übereignung an den Mittler und nicht "an den, den es angeht" annehmen.

hinzufügen, daß dies nur gilt, solange er durch die Übereignung seine Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag erfüllt (312).

Soweit dieser, wie im Beispielsfall, mit dem Mittler geschlossen ist, weil die Grundsätze des "Geschäfts mit dem, den es angeht" auf das Kausalgeschäft nicht anwendbar sind, könnte aber nach § 362 Abs. 1 i.V.m. § 433 Abs. 1, S. 1, HS 1, § 241 BGB eine "Übereignung an den, den es angeht", d.h. an den Geschäftsherrn, nicht als Erfüllung anzusehen sein. Nach dieser Bestimmung wird der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet, den Kaufgegenstand an den Käufer zu übereignen. Durch eine Eigentumsübertragung an einen Dritten wird der Vertrag somit nur erfüllt, wenn eine entsprechende Vereinbarung mit dem Käufer getroffen wurde. Das Problem bei den hier interessierenden Fällen liegt nun darin, daß eine solche Abmachung nur stillschweigend und, ohne daß der Verkäufer davon weiß, geschlossen sein kann.

- Diese Eigentümlichkeit schließt wohl die Annahme eines Vertrages zu Gunsten des Geschäftsherrn nach §§ 328 ff BGB aus. In den Fällen, um die es hier geht, scheitert die Annahme eines schuldrechtlichen Abschlusses "mit dem, den es angeht", regelmässig daran, daß dem Veräusserer die Person seines obligatorischen Vertragspartners nicht egal ist. Dann kann man auch nicht annehmen, daß ihm gleichgültig ist, ob er sich einem oder zwei (§ 335 BGB) Forderungsberechtigten gegenüber sieht. Darüber hinaus verbieten schon der Ausnahmecharakter und die rechtliche Ausgestaltung des Vertrages zu Gunsten Dritter die Annahme, eine solche Vereinbarung könnte getroffen werden, ohne daß der eine Teil davon Kenntnis hat.

(312) So ausdrücklich auch v. Lübtow, der aaO, S. 251 ausführt: "Denn bei Barkäufen ist es dem Veräusserer typischerweise gleichgültig, wer das Eigentum erwirbt, falls er nur durch die Leistung vor seiner Pflicht frei wird". - Vgl. zu diesem Problemkreis auch Rother, AcP 169 S. 1 ff, der die allgemeine Problematik der Zuordnung von dinglichen Erfüllungsgeschäften eingehend untersucht (vgl. oben Fußnote 308).

- Auch die Annahme einer Anweisung kommt bei den zur Rede stehenden Sachverhalten nicht in Betracht. Eine Anweisung muß nämlich immer, auch wenn sie nicht, wie in § 783 BGB vorgesehen, schriftlich erfolgt, für den Angewiesenen erkennbar werden lassen, an wen er leisten soll.
 - In der "Übereignung an den, den es angeht" ist aber eine Leistung nach § 362 II BGB zu sehen, die, mit Rücksicht auf die hier regelmäßig vorliegende Einwilligung des Mittlers, die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit aus § 433 BGB bewirkt (313).
- e) Die (regelmäßig vorliegende) Absicht des Veräußerers mit der Hingabe des Kaufgegenstandes seine vertragliche Leistungspflicht nach §§ 433, 362 BGB zu erfüllen, schließt die Annahme eines "animus incertus" (314) hinsichtlich der Person des Erwerbers also auch dann nicht aus, wenn das Kausalgeschäft mit einer konkreten Person, dem Mittler, zustandekommt. In diesen Fällen erfüllt der Verkäufer, wenn er an "den, den es angeht", also an den Geschäftsherrn, übereignet, seine Leistungspflicht nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB und erreicht damit seinen Zweck. Die Auffassung der Anhänger des "Geschäfts mit dem, den es angeht", eine "Übereignung an den, den es angeht" könne auch dann erfolgt sein, wenn das Kausalgeschäft nicht "mit dem, den es angeht", sondern mit dem Mittler zustandegekommen ist, ist im Ergebnis somit haltbar.

(313) Larenz SchR I, § 18 II 2.

(314) Dieser Ausdruck wird vor allem von Rümelin verwandt, z.B. aaO, S. 227.

2. Wie unterscheidet man, ob verdeckte Stellvertretung oder ein Eigengeschäft des Mittlers vorliegt ?

- a) Die "echten Fälle" des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" (315) zeichnen sich, wie Schultze = v. Lasaulx zu Recht hervorhebt, dadurch aus, daß "hier zunächst immer mehrere Personen als Vertragsgegner in Betracht" kommen (316). In der Regel werden es zwei sein: Der Mittler und der Geschäftsherr (317). Aus dieser Besonderheit resultiert die Frage, wie festgestellt werden kann, wer von denen, die "in Betracht kommen", nun tatsächlich Vertragspartei geworden ist. Die Antwort kann nur dahin lauten, daß dies immer der Mittler ist, wenn das Rechtsgeschäft nicht über die Grundsätze des "Geschäfts mit dem, den es

-
- (315) Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 3 c und 37 zu § 164 bezeichnet die "verdeckten Geschäfte mit dem, den es angeht" als "echte Fälle" des "Geschäfts für den, den es angeht", im Gegensatz zu den unechten Fällen, zu denen er z.B. die "offenen Geschäfte mit dem, den es angeht" und das "Kontrahieren innerhalb eines Unternehmens" rechnet.
- (316) Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 37 zu § 164.
- (317) In dem vom OLG Celle in NJW 1955 S. 671 entschiedenen Fall waren es aber beispielsweise drei Personen: der handelnde Ehemann, der den Kaufvertrag abgeschlossen hat, seine Schwiegermutter, in deren Auftrag er handeln wollte und die die Ware bezahlt hat und seine Ehefrau, die nach dem OLG diejenige war, "die es anging", also an die die Ware übereignet wurde. Der Entscheidung kann allerdings nicht entnommen werden, warum die Ehefrau und nicht die Schwiegermutter des Handelnden diejenige gewesen sein soll, "die es anging".

angeht" mit dem Geschäftsherrn zustande gekommen ist - dies natürlich nur, wenn man diese Rechtsfigur anerkennt, andernfalls ist in diesen Fällen mit Rücksicht auf § 164 II BGB immer und ohne Einschränkung der Handelnde persönlich Vertragspartei.

- b) Die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" setzt, wie schon mehrfach erläutert, nach der h. M. zweierlei voraus:

- der Mittler muß beim Abschluß des Geschäfts als (verdeckter) Stellvertreter des Geschäftsherrn anzusehen sein;
- dem Erstkontrahenten muß es gleichgültig sein, wer sein Vertragspartner wird.

Ist auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, dann gilt der Vertrag für den Handelnden (318). Da der Mittler beim "Geschäft mit dem, den es angeht" aber als verdeckter Stellvertreter handelt, das Vertretungsverhältnis also nicht erkennbar ist und auch der Erstkontrahent seine Gleichgültigkeit beim Vertragsschluß nicht, auch nicht konkludent, erklären muß (319), ist mit dieser Aussage noch nichts gewonnen. Sie führt nur zu der eigentlichen Frage hin, wann diese Voraussetzungen nun tatsächlich vorliegen.

- c) Das Problem, wann bei den infragekommenden Sachverhalten der Mittler als (verdeckter) Stellvertreter anzusehen ist und wann davon ausgegangen werden kann, daß dem Erstkontra-

(318) Hier besteht Einigkeit. Besonders deutlich wird dies bei v. Lübtow, der in dem Beispielsfall, den er seiner Abhandlung zugrundelegt, die Gleichgültigkeit des Gegners verneint und folgerichtig ein Eigengeschäft des Mittlers annimmt - vgl. aaO, S. 255. Vgl. auch RGZ 140 S. 221, das ebenfalls die Annahme einer "Übereignung an den, den es angeht" verneint und daher einen Eigentumserwerb des Mittlers annimmt.

(319) Wenigstens wird dies, soweit ersichtlich, von niemandem verlangt. Das Aufstellen einer entsprechenden Voraussetzung wäre auch wenig sinnvoll, da sie in der Praxis so gut wie nie -zumindest nie nachweisbar- erfüllt wäre.

henten gleichgültig ist, mit wem er abschließt, ist unter denjenigen, die ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zulassen, sehr umstritten. Die hierzu vertretenen Meinungen kann man in drei Gruppen zusammenfassen:

- aa) Teilweise wird von einer rein subjektiven Betrachtungsweise ausgegangen (320): Für die Frage, ob der Mittler für den Geschäftsherrn gehandelt hat und ob dem Gegner "der, den es angeht", gleichgültig war, soll es rein auf die subjektive Einstellung der Beteiligten ankommen. Hiernach ist also Voraussetzung für das Vorliegen eines "Geschäfts mit dem, den es angeht", daß der Handelnde für den Geschäftsherrn tätig werden wollte und daß es dem Gegner gleichgültig war, wer dies ist.
- bb) Die Gegenmeinung hält dagegen diesen (nicht erklärten) Willen für unerheblich und stellt ausschließlich auf objektive Momente ab (321): Nach dieser Ansicht ist für die Annahme der Vertreterstellung ausreichend, daß ein entsprechendes Innenverhältnis zum Geschäftsherrn besteht (Auftrag oder Geschäftsbesorgung) und auf seiten z.B. des Veräußerers genügt es, daß diesem "typischerweise gleichgültig ist, wer das Eigentum erwirbt", (322) und die Annahme eines Geschäfts mit dem, den es angeht" nicht seinen objektiv feststellbaren Belangen widerspricht, zu denen allerdings auch ein konkretes ideelles Interesse gehören kann (323). Die tatsächliche subjektive

(320) Zu dieser Gruppe zählen z.B. Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c, und Baur, § 51 VII 3.

(321) Diese Ansicht vertritt z.B. v. Lübtow, aaO, S. 246 f (247) für den Mittler und S. 251 für den Gegner.

(322) v. Lübtow, aaO.

(323) Als Beispiel für ein solches anzuerkennendes ideelles Interesse nennt v. Lübtow, aaO, den Fall, daß ein Patriot ein Bild an einen deutschen Sammler verkauft und übereignet, ohne zu ahnen, daß dieser für einen Ausländer handelt. Vgl. auch Rümelin, aaO, S. 231.

Einstellung der Beteiligten soll dagegen nach dieser Auffassung keine Rolle spielen: Weder kommt es darauf an, ob dem Gegner die Person seines Vertragspartners im konkreten Fall wirklich gleichgültig war, noch kann der, gegenüber dem Geschäftsherrn, "pflichtwidrige Wille des Mittlers" ein Eigengeschäft zu tätigen, das Zustandekommen eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", also dem Geschäftsherrn, verhindern (324).

cc) Schließlich gibt es noch verschiedene vermittelnde Auffassungen:

- Hierzu rechnen einmal diejenigen, die wie die Rechtsprechung (325), bei der Feststellung des mangelnden Interesses des Erstkontrahenten an der Person des Geschäftsherrn sowohl objektive als auch subjektive Momente berücksichtigen (326). Im Ergebnis dürfte sich diese Ansicht kaum von der rein objektiven Betrachtungsweise unterscheiden. Dies wird insbesondere in der Rechtsprechung deutlich (327). Dort wird

-
- (324) So ausdrücklich v. Lübtow, aaO, S. 246, der der Meinung ist, daß es "richtiger" sei "und den Anforderungen der Wohlauständigkeit im Verkehr" mehr entspreche, wenn man "den pflichtwidrigen Willen des Mittlers unbeachtet" lasse. Ein Eigengeschäft kann der Handelnde seiner Ansicht nach, wenn dies gegen seine Pflichten gegenüber dem Handelnden verstößt, nur schließen, wenn der Erstkontrahent "sich trotz Kenntnis des Sachverhalts mit dem Verkauf an den Mittler einverstanden" erklärt.
- (325) Vgl. z.B. OLG Celle NJW 1955, S. 671; RGZ 99 S. 208 f; 100 S. 192 f; 109 S. 170; 140 S. 229.
- (326) Vgl. z.B. Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c, der auf seiten des Mittlers zwar einen Vertreterwillen für erforderlich hält, hierauf aber aus objektiven (äußeren) Umständen schließen will. Nachdem solche Umstände bei Abschluß eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" regelmäßig nicht gegeben sind, können sie nur aus dem Innenverhältnis zwischen Mittler und Geschäftsherrn entnommen werden.
- (327) Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in obiger Fußnote (325).

regelmäßig angenommen, daß dem Verkäuferer -sämtlichen Entscheidungen lagen Veräußerungsgeschäfte zugrunde- die Person des Erwerbers gleichgültig sei, weil keine objektiven Gründe ersichtlich sind, die gegen seine Gleichgültigkeit sprechen (328).

- Mit unter die vermittelnden Auffassungen muß man wohl auch die zählen, die bei Mittler und Erstkontrahent unterschiedliche Betrachtungsweisen anwenden, also beispielsweise beim Mittler verlangen, daß dieser als Vertreter handeln will, es beim Erstkontrahenten dagegen genügen lassen, daß ihm sein Geschäftspartner "nach der objektiven Interessenlage ... gleichgültig sein kann" (329) oder umgekehrt aus objektiven Umständen auf die Vertreterstellung des Mittlers schließen und dafür verlangen, daß die Gleichgültigkeit auf Seiten des Erstkontrahenten tatsächlich vorliegt (330).

d) Keine dieser Auffassungen vermag nach der hier vertretenen Auffassung zu befriedigen:

- aa) Die objektive Betrachtungsweise, um mit ihr zu beginnen, steht im Widerspruch zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Nach einer Definition von Savigny ist ein Vertrag "die Vereinigung Mehrerer zu einer Übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden" (331). Flume definiert ihn als "die

-
- (328) Diese Argumentation findet sich besonders deutlich beim OLG Celle, aaO. Beim RG folgt sie daraus, daß es ein "besonderes Interesse" des Erstkontrahenten an der Person seines Vertragspartners für den "Ausnahmefall" hält - vgl. RGZ 100 S. 192.
 - (329) Hierzu zählen z.B. Westermann, § 42 IV 3 b und c; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164; Ohr, "Zur Anerkennung der verdeckten Stellvertretung," AcP 150 S. 525; derselbe in seiner Anmerkung zu OLG Koblenz in MDR 1958, S. 688; und in "Das Handeln unter fremden Namen für den, den es angeht," MDR 1959, S. 89.
 - (330) So z.B. Bettermann, "Vom stellvertretenden Handeln," S. 80 ff; Larenz AT, § 30 II b - S. 491, der diese Auffassung allerdings nur hilfsweise vertritt, da er das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" ablehnt.
 - (331) System III § 140, S. 309.

rechtsgeschäftliche Regelung eines Rechtsverhältnisses, die von den Vertragspartnern einverständlich getroffen wird" (332). Beide Definitionen machen deutlich, daß es nach dem Recht des BGB - für das die Savigny'sche Definition allerdings nicht entwickelt wurde, auf das sie aber gleichwohl paßt - einen vom Willen der Parteien unabhängigen Vertragsschluß grundsätzlich nicht gibt. Ein Vertragsschluß setzt regelmäßig das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus; nur ausnahmsweise genügt nach § 151 BGB als Vertragsannahme auch eine bloße Willensbestätigung (333); auch diese muß aber einen Rechtsfolgewillen behinhalten (334).

Demgegenüber führt die objektive Betrachtungsweise dazu, daß über das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" Verträge zustande kommen, deren Inhalt - je nachdem, bei wem sie angewandt wird - dem Willen einer oder sogar beider am Vertragsschluß Beteiligter widerspricht. Dies sei an einem Beispielsfall verdeutlicht:

In dem bereits mehrfach zitierten Eck'schen Beispielsfall von der Löffelkaufenden Haushälterin stelle man sich vor, die Haushälterin wolle die silberenen Löffel, pflichtwidrig und gegen den klaren Auftrag ihres Dienstherrn, selbst kaufen und das Eigentum erwerben und der Verkäufer will, (objektiv betrachtet) ohne jeden vernünftigen Grund, gerade an die vor ihm stehende Frau verkaufen und übereignen - allerdings ohne zu wissen,

(332) Flume § 33,2 - S. 602.

(333) Zum Begriff der "Willensbetätigung" vgl. z.B. Larenz AT, § 28 I.

(334) h. M. vgl. Larenz aaO; Enn.-Nipperdey, § 145 II A 3 a; Lehmann-Hübner, § 33 III 3 b; Flume, § 35 II 3.

daß diese mit dem Abschluß des Eigengeschäfts pflichtwidrig handelt (335). In diesem Fall liegen sowohl dem Kaufvertrag als auch der Übereignung zwei übereinstimmende Willenserklärungen zugrunde, die auf einen Abschluß zwischen Verkäufer und Haushälterin gerichtet sind. Gleichwohl sollen nach v. Lübtow Kaufvertrag und Einigung mit dem Hausherrn zustande gekommen sein (336).

Auch die übrigen Meinungen, die eine objektive Betrachtungsweise nur hinsichtlich einer der am Vertragsschluß beteiligten Personen anwenden wollen, stehen im Widerspruch zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre:

- Nach allgemeinen Grundsätzen kommt die Einigung zwischen dem Verkäufer (V) und dem Mittler (M) zustande, wenn V sich "mit dem, den es angeht", einigen will, weil ihm gleichgültig ist, an wen er übereignet und M (pflichtwidrig) im eigenen Namen akzeptiert.
- Zum selben Ergebnis, also einem Vertrag zwischen V und M, gelangt man, wenn umgekehrt V, obwohl ihm (objektiv gesehen) sein Vertragspartner gleichgültig sein könnte, mit M kontrahieren will und dieser nicht zum Ausdruck bringt, daß er für einen Dritten tätig werden will (vgl. § 116, Satz 1, § 164 II BGB).

In beiden Fällen steht die Annahme eines Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Auftraggeber des Mittlers im Widerspruch zu den abgegebenen Willenserklärungen (und natürlich auch zu § 164 BGB).

Diese Abweichungen von den Prinzipien unseres Privatrechts sind nicht gerechtfertigt. In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre wird derzeit nur nach der Lehre

(335) Diese Einschränkung erfolgt hier deshalb, weil v. Lübtow - aaO, S. 247 - die Ansicht vertritt, daß der Mittler das Eigentum erwirbt, wenn der Verkäufer die Ware an ihn übereignet, obwohl er weiß, daß jener pflichtwidrig im eigenen Namen handelt.

(336) Vgl. v. Lübtow, aaO, S. 246 ff (247 und 251).

vom "faktischen Vertrag" (337), bzw. vom Vertragsschluß durch "sozialtypisches Verhalten" (338), in einigen eng umgrenzten Ausnahmefällen ein vom Willen der Parteien unabhängiger Vertragsschluß zugelassen (339). Ein solcher Ausnahmefall ist beim "Geschäft mit dem, den es angeht" nicht gegeben. Unter den Anhängern der Lehre vom "faktischen Vertragsverhältnis", die bis heute sehr umstritten ist (340), gibt es niemand, der sie auf Sachverhalte anwenden will, wie sie dem "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" zugrunde liegen (341). Auch eine entsprechende Anwendung der hierfür entwickelten Grundsätze kommt nicht in Betracht: Die Fälle, für die die Lehre vom "faktischen Vertragsverhältnis" entwickelt wurde, sind mit den Sachverhalten, bei denen die h. M. ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" annimmt, weder in tatsächlicher Hinsicht, noch von der rechtlichen Problematik her vergleichbar.

-
- (337) Die Lehre von den "faktischen Vertragsverhältnissen" ist von Günther Haupt 1941 in seiner Leipziger Antrittsvorlesung begründet - vgl. seinen Beitrag "Über faktische Vertragsverhältnisse" in Festschrift für Heinrich Siber II, S. 5 ff (1943) - und insbesondere von Simitis, "Faktische Vertragsverhältnisse", 1958, fortgeführt worden.
- (338) Diese Bezeichnung verwendet Larenz AT, § 28 II.
- (339) Larenz, aaO, begrenzt die Lehre auf die "Vorgänge des Massenverkehrs"; im übrigen wird die Lehre im allgemeinen auch bei der Behandlung von Dauerschuldverhältnissen angewandt, denen unwirksame Verträge zugrunde liegen; z.B. faktische Gesellschaft, faktisches Arbeitsverhältnis.
- (340) Völlig ablehnend z.B. Flume, § 8, 1; stark einschränkend Lehmann-Hübner, § 25, 2 e - vgl. zum Meinungsstand i. Ü. Siebert, "Faktische Vertragsverhältnisse", Jur. Studiengesellschaft, Heft 41, 1958 und den Beitrag von Nikisch in Festschrift für Dölle "Über faktische Vertragsverhältnisse", Bd. I, S. 79 ff, 1963.
- (341) Vgl. die in den vorstehenden Fußnoten (337) - (340) genannten Autoren.

- bb) Aber auch die subjektive Betrachtungsweise steht im Widerspruch zu der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Zumindest auf Seiten des Vertreters läßt diese Meinung es nämlich zu, daß ein rein innerlich gefaßter Wille, der in keiner Weise äußerlich kundgegeben oder auch nur erkennbar wird, eine Rechtsfolge auslöst (342).

Selbst wenn man beim Erstkontrahenten mit der h.M. annehmen wollte, seine Gleichgültigkeit ergebe sich z.B. bei den sogenannten "Geschäften des täglichen Lebens" aus den Umständen (343) und er gebe damit jedenfalls stillschweigend die Erklärung ab: "Ich kontrahiere mit dem, den es angeht", ist eine entsprechende Interpretation der Erklärung des "Vertreters" ausgeschlossen: Darin liegt ja gerade die Eigenart des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", "daß derjenige, der als Käufer aufgetreten ist, in keiner Weise zu erkennen gegeben hat", daß er "nicht für sich selbst, sondern für einen ungenannten Dritten" handeln will (344). Wenn die Erklärung des Mittlers auch nur (erkennbar) mehrdeutig war, der Gegner also erkennen konnte, daß jener möglicherweise für seinen Auftraggeber handeln wollte -und er damit einverstanden war- dann liegt, wie Cohn richtig erkannt hat, ein "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" vor (345).

-
- (342) Aus ähnlichen Erwägungen lehnt auch Cohn diese Ansicht ab - vgl. aaO, S. 152 f.
- (343) Die besondere Problematik dieser Auffassung und insbesondere der sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens" wird im folgenden unter lit. c behandelt werden.
- (344) So zutreffend Larenz AT, § 30 II b, S. 491.
- (345) Cohn, aaO, S. 147 ff (S. 166 f). Vgl. auch Larenz aaO, der zu Recht den Unterschied zwischen "offenen" und "verdeckten Geschäften mit dem, den es angeht" darin begründet sieht, daß bei den letzteren "für den Verkäufer nicht einmal ersichtlich ist, daß derjenige, der als Käufer auftritt, gar nicht selbst Kaufpartei sein will..."

Die subjektive Betrachtungsweise ist demzufolge abzulehnen, weil "sie sich über den Inhalt der von ihr selbst als abgegeben angesehenen Erklärung zugunsten des inneren, nicht geäußerten Willens der Parteien hinwegsetzt" (346).

Neben diesen rechtlichen Einwänden bestehen nach der hier vertretenen Auffassung auch erhebliche praktische Bedenken gegen diese Theorie: Die Frage, wer z.B. das Eigentum an einer Mobilität erhalten hat, ob der Mittler oder sein Geschäftsherr, hängt damit ja unter anderem von der inneren Willenshaltung des Mittlers ab, von seinen "heimlichen" Gedanken. Wenn diese Frage also in einem Rechtsstreit eine Rolle spielt, dann kann sie nur durch eine Vernehmung des -in aller Regel am Ausgang des Prozesses selbst interessierten- Mittlers geklärt werden. Der Umstand aber, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits regelmäßig (wenn die Annahme eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" nicht schon aus anderen Gründen scheitert) von der Aussage eines mehr oder weniger parteiischen Zeugen abhängt, eine Aussage, die sich, wie der Zeuge weiß, jeder Nachprüfung entzieht, ist alleine schon ein gewichtiges Argument gegen die subjektive Betrachtungsweise.

- cc) Was schließlich die dritte Gruppe, also die vermittelnden Meinungen angeht, so ergibt sich deren Unhaltbarkeit ohne weiteres aus der vorstehend geäußerten Kritik zu den Auffassungen, zwischen denen vermittelt werden soll: Gegen die gemischt subjektiv - objektive Betrachtungsweise bestehen sämtliche Einwände, die gegen die rein subjektive Meinung erhoben wurden, und zusätzlich auch noch die Bedenken, die gegen die objektive vorgebracht wurden. Die vermittelnden Meinungen bedingen also eine Kumulierung der rechtlichen Probleme.

Dies ist bei denen, die wie Larenz (347) oder Westermann (348) bei den am Vertragsschluß beteiligten Personen unterschiedliche Betrachtungsweisen anwenden, also z.B. beim Mittler einen Vertreterwillen aber beim Gegner nur objektive Gleichgültigkeit verlangen (349) oder umgekehrt (350), offensichtlich.

Zu einer Kumulierung der rechtlichen Probleme führt aber auch die Meinung, die, wie z.B. die Rechtsprechung bei der Ermittlung der Gleichgültigkeit des Erstkontrahenten (351) von der objektiven Interessenlage ausgehen, aber auch die subjektive berücksichtigen:

- Soweit die subjektive Einstellung tatsächlich berücksichtigt wird (352), gilt uneingeschränkt, was oben gegen die rein subjektive Meinung vorgebracht wurde, insbesondere aber die Bedenken gegen die Praktikabilität dieser Auffassung.
- Soweit dies nicht der Fall ist, besteht der Unterschied zwischen dieser und der rein objektiven Betrachtungsweise nur darin, daß hier, wie schon Cohn zu Recht bemängelt, mit einer "unzulässigen Willensfiktion" gearbeitet wird (353).

e) Ergebnis:

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Mittler als verdeckter Stellvertreter gehandelt oder ein Eigengeschäft geschlossen hat, müssen diejenigen, die ein "verdecktes Ge-

(347) Larenz AT, § 30 II b.

(348) Westermann, § 42 IV 3 b und e .

(349) z.B. Westermann, aaO.

(350) z.B. Larenz, aaO.

(351) Vgl. z.B. RGZ 99 S. 208 f; 100 S. 192; 109 S. 170; im Ergebnis auch OLG Celle in NJW 1955 S. 671.

(352) Gerade hinsichtlich des Erstkontrahenten ist dies, soweit ersichtlich, in keinem der Fälle geschehen, in denen die Rechtsprechung bisher ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" angenommen hat - vgl. die in vorstehender Fußnote (351) genannten Entscheidungen. Besonders aufschlußreich ist hierbei die dort zitierte Entscheidung des OLG Celle. Hier wird deutlich, daß dem subjektiven Element in der Betrachtungsweise der Rspr. keinerlei praktische Bedeutung zukommt.

(353) aaO, S. 163.

schäft mit dem, den es angeht" zulassen wollen, mit fundamentalen Grundsätzen unseres Zivilrechts brechen:

- Soweit sie hierbei nur auf den Willen des Handelnden abstellen, hängt der konkrete Vertragsinhalt nicht von dem ErklärungsWert der abgegebenen Willenserklärungen, sondern vom inneren, nicht erklärten Willen der Handelnden ab.

Darüberhinaus führt diese Meinung dazu, daß bei einem Rechtsstreit über den Vertrag der Prozeß regelmäßig durch die nicht nachprüfbare Aussage eines parteiischen Zeugen entschieden wird.

- Sollen objektive Momente, insbesondere das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Mittler entscheiden, dann wird in Kauf genommen, daß ein Vertrag nicht nur ohne, sondern sogar gegen den (erklärten) Willen der Parteien zustandekommt.

Diese Einwände begegnen auch denjenigen, die gleichzeitig auf objektive und auf subjektive Momente abstellen; mehr noch, diese Meinungen bewirken eine Kumulierung der Probleme.

Die aufgezeigten Konsequenzen rechtfertigen, unabhängig von den sonstigen Bedenken gegen die Rechtsfigur, die Ablehnung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht".

3. Wie können die Parteien vor Abschluß eines Geschäfts feststellen, ob die Voraussetzungen für eine verdeckte Stellvertretung vorliegen ?

- a) Die praktische Bedeutung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", ist, wenn man sie nicht wie hier mit Rücksicht auf das antezipierte Konstitut leugnet, ausschließlich darin zu sehen, daß über diese Rechtsfigur eine ver-

deckte Stellvertretung zugelassen wird. Diese Ausnahme vom Offenheitsprinzip bedeutet in der Praxis aber nur dann "ein weitgehendes Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs" (354), wenn für die Teilnehmer am "geschäftlichen Verkehr" die Möglichkeit besteht, von diesem Entgegenkommen (bewußt) Gebrauch zu machen. Dies setzt wiederum voraus, daß vor allem für den Geschäftsherrn und den Mittler (355) im vorhinein, also vor Abschluß des Geschäfts, feststellbar ist, ob die Grundsätze des "Geschäfts mit dem, den es angeht" eingreifen oder nicht. Andernfalls bleibt den beiden nichts anderes übrig, als auf die Möglichkeit eines Abschlusses mittels verdeckter Stellvertretung zu verzichten, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, daß, entgegen ihrer Absicht, der Mittler Vertragspartner wird.

Aus der Sicht des Geschäftsherrn und des Mittlers geht es hier vor allem um die Frage, ob und wie sie im vorhinein feststellen können, ob dem Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners gleichgültig sein wird.

- b) Die Antwort auf diese Frage sucht man in den vorliegenden Abhandlungen zum "Geschäft mit dem, den es angeht" vergebens. Viele Autoren fragen nicht einmal danach, wann man davon ausgehen kann, daß es den Gegner nicht interessiert, wer sein Vertragspartner ist, sondern begnügen sich mit der Feststellung, daß diese "Gleichgültigkeit" die (wichtigste) Voraussetzung für einen derartigen Abschluß darstellt (356). Soweit das Problem behandelt wird, sind die Erläuterungen in sich widersprüchlich:

(354) RGZ 140 S. 229.

(355) Dem Erstkontrahenten stellt sich das Problem nicht: Ihm ist es ja gleichgültig, mit wem er abschließt. Damit interessiert ihn auch nicht, ob § 164 (II) BGB eingreift oder nicht.

(356) Damit begnügt sich z.B. Westermann, § 42 IV 3 b, im Ergebnis auch Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c, dessen Ausführungen im Grunde nur entnommen werden kann, daß es von der "Auslegung des einzelnen Geschäfts" abhängt, ob ein "Geschäft mit dem, den es angeht" angenommen werden kann.

So führen Lehmann-Hübner ausdrücklich aus, daß man "nicht... bei größeren Objekten" und nur bei Bargeschäften "davon ausgehen darf, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei" (357). Dennoch wird eine Entscheidung des Reichsgerichts (358) ohne jede kritische Anmerkung zitiert, in der angenommen wurde, daß Möbel im Wert von RM 12.000.-, die auf Abzahlung gekauft wurden, "an den, den es angeht", übereignet worden waren. Das bekannte Eck'sche Beispiel wird dahingehend ausgestaltet, daß die Hausdame nicht, wie ursprünglich, silberne Löffel, sondern "Silbergeräte und Möbel" anschafft. Dennoch nehmen Lehmann-Hübner an, daß Grund- und Erfüllungsgeschäft mit der Herrschaft, als "derjenigen, die es angeht", zustandekommen.

- Wenn aber "Silbergeräte und Möbel" noch keine "größeren Objekte" sind, wo fangen diese an ? -

Im übrigen wird in der Literatur meist an Hand von Beispielen zu erläutern versucht, in welchen Fällen davon ausgegangen werden kann, daß dem Erstkontrahenten die Person seines Vertragspartners gleichgültig ist (359). Nachdem die -überwiegend der Rechtsprechung entnommenen- Fälle aber sämtliche nicht verallgemeinert werden können (360),

(357) Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c.

(358) RGZ 100 S. 190.

(359) Vgl. z.B. Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164; Kuhn in BGB-RGRK Vorbem. 27 zu § 164; v. Lohstow, ZHR 112 S.239ff.

(360) So muß z.B. die regelmäßig zitierte Entscheidung RGZ 100 S. 190 auch von den Anhängern des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" als ein Ausnahmefall angesehen werden, da ihr ein Kreditkauf zugrunde lag und nach h. M. "bei Kreditgeschäften.... die Annahme eines Geschäfts, wen es angeht, besonders sorgfältiger Prüfung und überzeugender Begründung" bedarf (Kuhn aaO), denn es ist hier "grundsätzlich davon auszugehen, daß eine solche Gleichgültigkeit auf Seiten des Geschäftspartners nicht besteht (Schultze - v. Lasaulx aaO) ähnlich Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c.

ermöglichen sie genausowenig, wie die wenigen abstrakten Ausführungen zu dieser Frage, ein zuverlässiges Urteil darüber, ob in einem konkreten Sachverhalt verdeckte Stellvertretung zulässig ist oder nicht.

- c) Schließlich wird von der h.M. bei der Frage, wann das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" zur Anwendung kommen soll, regelmäßig auf die sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens" verwiesen (361). Unter den Anhängern der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" besteht, soweit ersichtlich, Einigkeit darüber, daß dem Erstkontrahenten bei diesen Geschäften gleichgültig ist, mit wem er kontrahiert und daß deshalb die "Geschäfte des täglichen Lebens" der Hauptanwendungsfall der Rechtsfigur seien (362).
- d) Als Zwischenresümee ist damit festzustellen, daß die Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" auf die Frage, wann denn ein solches Geschäft zulässig sein soll, im Grunde nur einen Anwendungsfall nennt: die sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens". Bei der Prüfung der Praktikabilität der Lehre ist nun zu untersuchen, ob es diese Antwort ermöglicht, die Rechtsfigur praktisch anzuwenden.
- Dazu ist es zunächst einmal erforderlich, zu klären, welche Abschlüsse in den Kreis der sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens" fallen, also wie dieser Begriff innerhalb der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" interpretiert wird bzw. interpretiert werden muß.

(361) Vgl. z.B. v. Lübtow, ZHR 112, S. 240; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Westermann, § 42 IV 3; Baur, § 51 VII 3; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164; aus der Rspr.: BGH NJW 1955 S. 587; RGZ 100 S. 190 und 140 S. 229; OLG Celle NJW 1955 S. 671.

(362) Vgl. die in vorstehender Fußnote (361) genannten Entscheidungen und Literaturnachweise.

Eine abstrakte Definition des "Geschäfts des täglichen Lebens" wird, soweit ersichtlich, nirgends gegeben. In Literatur (363) und Rechtsprechung (364) klingt jedoch vielfach mehr oder weniger deutlich an, daß z.B. ein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens" (365) nur beim Erwerb geringwertiger Ge- und Verbrauchsgüter vorliegt.

Wenn auch zuzugeben ist, daß diese Interpretation nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nahe liegt, so ist sie dennoch abzulehnen, weil sie mit der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" nicht zu vereinen ist.

Will man die Auffassung vertreten, daß das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" in der Hauptsache nur bei Kleinkäufen vorkommt, dann führt dies zu der Konsequenz, daß diese Rechtsfigur als rein theoretisches Denkmodell ohne besondere praktische Bedeutung anzusehen ist. Der Kauf von Brötchen oder von einer Zeitung führt in der Praxis nicht zu einem Prozeß und solche geringwertigen Güter für den alltäglichen Ge- bzw. Verbrauch werden auch nicht gepfändet. Die am Erwerb dieser Sachen Beteiligten dürften den Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Erwerb des Eigentums und damit auch die Bedeutung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" gar nicht verstehen, jedenfalls sind sie daran nicht interessiert (366).

-
- (363) Eindeutig in diesem Sinne wird der Begriff von Flume, § 44 II 1 b, verstanden. Flume steht jedoch der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" nicht nur insgesamt ablehnend gegenüber - vgl. § 44 II 2 b und c - er bestreitet auch ausdrücklich jede praktische Bedeutung der Kauf-Bargeschäfte des täglichen Lebens für die Lehre. In dem hier dargelegten Sinn wird der Begriff aber z.B. auch von Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c, von Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c und von Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164 verstanden.
- (364) So insbesondere BGH in NJW 1955, S. 587.
- (365) Diesen Ausdruck verwendet z.B. Baur, § 51 VII 3.
- (366) Wie hier Flume, § 44 II 1 b; a.A. z.B. Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c, der aber die Konsequenzen seiner einschränkenden Interpretation des Begriffs übersieht, bzw. dadurch vermeidet, daß seiner Ansicht nach offensichtlich auch "Silbergeräte und Möbel" keine "größeren Objekte" sind.

Eine von der vorstehend erörterten Interpretation abweichende Auslegung des Begriffs "Kaufgeschäft des täglichen Lebens" (367) vertrat offensichtlich das Reichsgericht. So hat es in einem Fall angenommen, daß der Kauf von Möbeln, die im Jahre 1920 12.000 Mark wert waren, in diese Kategorie einzureihen sei (368) und in einer anderen Entscheidung ein "Geschäft mit dem, den es angeht" nicht daran scheitern lassen, daß der Kauf von zehn Webstühlen für eine Tuchfabrik kein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens" darstellt (369).

Beide Entscheidungen werden von den Anhängern der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht", übrigens häufig zitiert und ganz überwiegend gebilligt (370).

Da aber auch das Reichsgericht weder den Begriff des "Kaufgeschäfts des täglichen Lebens" definiert, noch begründet, wieso hierunter auch Abschlüsse größeren Volumens fallen können, tragen auch die vorstehend zitierten Entscheidungen nicht zur Klärung des Begriffs bei.

- e) Da somit der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" nicht entnommen werden kann, was der Terminus "Geschäft des täglichen Lebens" konkret bedeutet, wird im folgenden versucht, die Frage über eine Auslegung des Begriffs zu beantworten.

Hierbei ist gemäß den allgemeinen Auslegungsregeln, "mit dem Wortsinn" zu beginnen (371).

(367) Diese Ausdrucksweise findet sich z.B. in RGZ 100 S. 192 und RGZ 140 S. 229.

(368) RGZ 100 S. 192.

(369) RGZ 140 S. 229.

(370) Soweit ersichtlich, wird RGZ 100 S. 190 nur von v.Lübtow,aaO, S. 254 (Fußnote 106) abgelehnt. Auch er wendet sich jedoch nicht gegen die Annahme, der Möbelkauf sei ein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens", sondern nur gegen die Anwendung der Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" auf ein Kreditgeschäft.-Die Möbel wurden auf Abzahlung gekauft.

(371) Larenz,"Methodenlehre" S. 301.

Grammatikalisch betrachtet, kann man den Ausdruck nur so verstehen, daß hiervon ausschließlich alltägliche Geschäfte erfaßt werden. Eine andere Interpretation wäre mit dem "möglichen Wortsinn" dieses Begriffs "nicht mehr vereinbar" und würde damit "die Grenze der Auslegung" überschreiten (372).

Durch eine rein grammatikalische Interpretation des Begriffs "Geschäft des täglichen Lebens" läßt sich aber nicht eindeutig feststellen, aus wessen Sicht heraus es sich bei dem fraglichen Rechtsgeschäft um einen alltäglichen Vorgang handeln muß. Theoretisch kommen hier drei verschiedene Betrachtungsweisen infrage:

Das Geschäft muß für

- den "Durchschnittsbürger" oder
- den Käufer oder
- den Verkäufer

alltäglich sein.

Je nachdem, von welchem Standpunkt aus man es betrachtet, kann demnach dasselbe Geschäft völlig unterschiedlich zu beurteilen sein. Hierzu ein Beispiel:

Ein Kunde kauft einen Wagen der Luxusklasse bei einem Autohändler, der nur solche Modelle führt, zu einem Preis von DM 120.000 (373).

Der Kauf eines Autos für DM 120.000 ist für einen Durchschnittsbürger sicher kein alltäglicher Vorgang. Auch aus der Sicht des Käufers kann man hierbei wohl kaum von einem "Geschäft des täglichen Lebens" sprechen; selbst wenn es sich um jemand handelt, der nur so teure Autos fährt, wird er sich wohl nicht täglich, sondern allenfalls alle drei oder vier Jahre einen neuen Wagen anschaffen. Dagegen liegt aus der Sicht des Händlers (vorausgesetzt seine Ver-

(372) Larenz, "Methodenlehre" S. 304.

(373) Dieser Preis entspricht z.B. einem Rolls-Royce der "mittleren Preisklasse".

tretung floriert) durchaus ein alltägliches Geschäft vor-
-er verkauft ja nur Autos in dieser Preisklasse-.
Ähnliche Beispiele gibt es viele, man denke nur an einen
Führunternehmer, der einen LKW bei einem Vertragshändler
kauft; Die Fallgestaltung ergibt sich im Grunde immer,
wenn der Verkäufer ausschließlich hochwertige Güter
mit längerer Lebensdauer verkauft.

Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Kauf zwar
für den Kunden, nicht aber für den Verkäufer ein "Geschäft
des täglichen Lebens" darstellt: Ein solcher Sachverhalt
liegt immer dann vor, wenn das Warensortiment im Preis
stark gestaffelt ist und ein Käufer die teuerste Ware
erwirbt. So ist es für einen Juwelier sicher ein alltäg-
licher Vorgang, wenn er Schmuck verkauft, wenn es sich
hierbei aber um sein teuerstes Kollier handelt, dann hat
er wohl ein außergewöhnliches Geschäft gemacht. Anderer-
seits ist es denkbar, daß der Kauf dieses Schmuckstückes
für den Kunden bzw. für die Kundin ein "Geschäft des
täglichen Lebens" darstellt.

Bei der Frage, von welchem dieser theoretisch denkbaren
Standpunkte auszugehen ist, wann ein "(Kauf-)Geschäft des
täglichen Lebens" im Sinne der Lehre vom "Geschäft mit dem,
den es angeht" vorliegt, muß man zweierlei berücksichtigen:

Einmal sollen diese "Geschäfte des täglichen Lebens" den
Hauptanwendungsfall des "Geschäfts mit dem, den es angeht"
darstellen. Folglich können hierunter nicht nur unbedeutende
Kleinkäufe zu verstehen sein, da man die Zulassung ver-
deckter Stellvertretung wohl kaum als "ein weitgehendes
Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des geschäft-
lichen Verkehrs" (374) bezeichnen kann, wenn sie ausschließ-
lich bei kleineren Alltagsgeschäften gilt.

(374) Dies soll nach RGZ 140 S. 229 die Lehre vom "verdeckten Ge-
schäft mit dem, den es angeht" darstellen.

Zum anderen soll bei diesen Geschäften der Schluß zulässig sein, daß hier dem Erstkontrahenten (dem Verkäufer) die Person seines Vertragspartners "gleichgültig" ist (375).

Unter diesen Gesichtspunkten kann man bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als ein "Geschäft des täglichen Lebens" anzusehen ist, nicht auf den Standpunkt des Durchschnittsbürgers abstellen. Aus der Sicht der Allgemeinheit kann man nämlich, ebenso wie nach dem üblichen Sprachgebrauch, nur die eingangs erwähnten kleineren Alltagsgeschäfte, insbesondere Kleinkäufe in Warenhäusern, unter diesen Begriff subsumieren (376), die gerade nicht den Hauptanwendungsfall des "Geschäfts mit dem, den es angeht" ausmachen können.

Abgesehen davon wäre eine Definition, die nur auf den üblichen Sprachgebrauch abstellt, auch viel zu ungenau. Eine auch nur einigermaßen genaue Grenzziehung zu anderen Geschäften wäre häufig unmöglich. Würde beispielsweise der Kauf eines Fernsehgerätes bei dieser Betrachtungsweise noch ein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens" darstellen oder läge bereits ein "normales" Geschäft vor, auf das die §§ 164 ff BGB uneingeschränkt Anwendung finden? Würde es einen Unterschied machen, ob es sich um ein Schwarz-Weiß- oder um ein Farbfernsehgerät handelt? - Vom Preis her besteht sicher eine nicht unerhebliche Differenz. Genügt diese aber, um die Fälle auch im Sinne der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" unterschiedlich zu behandeln?

Auch die Frage, ob das Geschäft für den Geschäftsherrn einen alltäglichen Vorgang darstellt, kann nicht entscheidend sein.

(375) Einhellige Meinung der Befürworter des "Geschäfts mit dem, den es angeht". In diesem Sinne schon Rümelin, AcP 93, S. 227; vgl. ferner v. Lübtow, ZHR 112, S. 240; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Baur, § 51 VII 3; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 b; Kuhn in BGB-GRK, Vorbem. 27 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; Soergel - Schultze=v.Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164.

(376) Zu diesem Ergebnis kommen auch diejenigen, die offensichtlich von einer solchen Betrachtungsweise ausgehen; so ausdrücklich Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Flume § 44 II 1 b.

Aus dem Umstand, daß der Abschluß des Rechtsgeschäfts aus seiner Sicht einen alltäglichen Vorgang darstellt, kann keinesfalls gefolgert werden, daß dem Erstkontrahenten gleichgültig ist, mit wem er kontrahiert.

Damit bleibt nurmehr der Erstkontrahent selbst als mögliche Bezugsperson. Da mit Hilfe des Kriteriums der Alltäglichkeit des Geschäfts auf seine subjektive Einstellung (auf sein Interesse an seinem Vertragspartner) geschlossen werden soll, ist er auch derjenige, der am ehesten infrage kommt. Demnach wären also alle, aber auch nur diejenigen Geschäfte solche des "täglichen Lebens", die aus der Sicht des Erstkontrahenten, in der Regel also des Veräußerers, alltägliche Vorgänge darstellen.

Nun ist zwar zuzugeben, daß unter den theoretisch denkbaren Betrachtungsweisen, die hier infrage kommen, diejenige, die bei der Auslegung des Begriffs des "(Kauf-)Geschäfts des täglichen Lebens" auf den Standpunkt des Erstkontrahenten (Verkäufers) abstellt, noch am ehesten mit der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" zu vereinbaren wäre; gleichwohl führt auch sie nicht zu einem praktikablen Ergebnis.

Zwar läßt sich bei dieser Auslegung, wie oben an Hand des Beispiels vom Autokauf illustriert wurde, die Ansicht des Reichsgerichts vertreten, der Verkauf teurerer Möbel sei ein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens"(377), die weitere Folgerung der h.M., bei einem solchen Geschäft wäre dem Verkäufer die Person des Käufers regelmäßig gleichgültig, bedeutet bei einer solchen Interpretation des Begriffs aber eine unzulässige und ungerechtfertigte Unterstellung.

Man kann nicht einfach annehmen, dem Erstkontrahenten sei die Person seines Vertragspartners allein deshalb egal, weil es sich bei dem Rechtsgeschäft aus seiner Sicht um ein alltägliches handelt.

(377) Zu diesem Ergebnis kommt das RG, vgl. RGZ 100 S. 192 f.

Dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß man nach dieser Interpretation des Begriffs auch beim Kauf extrem teurerer Investitionsgüter vom Hersteller ein "Kaufgeschäft des täglichen Lebens" annehmen könnte - der "Erstkontrahent" muß ja keine natürliche Person sein. Auch wenn ein solches großvolumiges Geschäft für den Erstkontrahenten z.B. eine Aktiengesellschaft, einen alltäglichen Vorgang darstellt, kann und wird man aber nicht folgern, daß der Gesellschaft gleichgültig ist, mit wem sie kontrahiert bzw. wem sie die "Sache" übereignet.

- f) Der Begriff "Geschäft des täglichen Lebens" wird für die Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" auch nicht dadurch brauchbarer, daß man ihn um das Merkmal der Barzahlung anreichert, also, wie das vielfach geschieht (378), von einem "Bargeschäft" oder ähnlichem spricht. Wenn man den Begriff "Barzahlung" eng auslegt, dann beschränkt man den Anwendungsbereich der Rechtsfigur heute, in der Zeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, wiederum auf unbedeutende Kleinkäufe. Abgesehen davon, daß diese Einschränkung, wie schon wiederholt erklärt wurde, mit der angeblichen Bedeutung der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" unvereinbar wäre, erscheint eine Unterscheidung, die darauf abstellt, ob in bar oder beispielsweise mit Scheck bezahlt wird, jedenfalls wenn die Einlösung garantiert ist, nicht mehr zeitgerecht. Im Regelfall interessiert den Verkäufer nur, daß (sofort) bezahlt wird und nicht wie.

Versteht man den Begriff "Bargeschäft" aber, wie dies offensichtlich v. Lübtow tut (379), entgegen seinem Wort-sinn als Gegensatz zum Kreditgeschäft (380), so entfällt

-
- (378) Vgl. z.B. v. Lübtow, ZHR 112, S. 240; Westermann, § 42 IV 3; Enn.-Nipperdey, § 179 III 3 c; Soergel - Schultze-von Lasaulx, Vorbem. 41 zu § 164.
- (379) Vgl. aaO, S. 240.
- (380) Diese "Auslegung" wäre auch mit den Ausführungen der übrigen, in obiger Fußnote (378) genannten Autoren, durchaus vereinbar.

die begriffliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht"; dann kann man lediglich aus dem Vorliegen eines "Bar-" (besser: sofort erfüllten) "Geschäfts des täglichen Lebens" aber auch nicht mehr schließen, daß dem Veräußerer gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird. Bei großvolumigen Geschäften -und gerade die werden nach Wissen des Verfassers meist in bar abgewickelt (381)- ändert die Art der Bezahlung regelmäßig nichts daran, daß der Erstkontrahent wissen will, mit wem er kontrahiert.

g) Ergebnis

aa) Die Zulassung eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" bedeutet kein Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs, weil weder Geschäftsherr noch Mittler im vorhinein beurteilen können, ob seine Voraussetzungen bei einem beabsichtigten Geschäft gegeben sind. Ein bewußter und risikoloser Abschluß eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist den Teilnehmern am Wirtschaftsleben daher nicht möglich.

bb) Die Praktikabilität der Rechtsfigur wird auch durch den Begriff der "Geschäfte des täglichen Lebens" nicht erhöht.

- Beschränkt man den Kreis dieser Geschäfte auf solche von geringem Wert, sind hiervon alle diejenigen Verträge ausgeschlossen, bei denen die Lehre praktische Bedeutung erlangen könnte (z.B. auch die, in denen die Rechtsprechung sie angewendet hat).

- Legt man den Begriff so aus, daß darunter auch großvolumige Geschäfte fallen, dann ist ein Rückschluß

(381) Hochwertige Investitionsgüter werden in aller Regel von den Käufern -meist Industrieunternehmen- sofort bezahlt auf Abzahlung kauft nur der "kleine Mann". Oder, um auf das früher besprochene Beispiel zurückzukommen: Der Verfasser nimmt an, daß ein Rolls-Royce wesentlich seltener in Raten bezahlt wird, als ein Volkswagen.

auf die Gleichgültigkeit des Erstkontrahenten hinsichtlich seines Vertragspartners unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn bei einem solchen Geschäft bar bzw. sofort bezahlt wird.

4. Zusammenfassung zu C)

Bei der Anwendung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" tauchen, abgesehen davon, daß diese Rechtsfigur eine unzulässige teleologische Reduktion des § 164 BGB beinhaltet, eine Reihe rechtlicher und tatsächlicher Probleme auf, die sich teilweise nicht, oder zumindest nicht ohne eine Abkehr von fundamentalen Prinzipien unseres Zivilrechts lösen lassen. Das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" stellt daher nicht nur eine unzulässige, sondern auch eine untaugliche Rechtsfortbildung dar.

- a) Die isolierte Anwendung der Rechtsfigur auf das dingliche Erfüllungsgeschäft bei einer "Übereignung an den, den es angeht" erscheint mit Rücksicht auf die Leistungspflicht des Veräußerers aus § 433 BGB problematisch, wenn der Kaufvertrag ein Kauf ist. Das Interesse des Gegners, seine Lieferpflicht zu erfüllen, schließt eine solche Konstruktion aber nicht aus, da dieser den Kaufvertrag durch eine "Übereignung an den, den es angeht", nach §§ 362 II, 185 BGB auch dann erfüllt, wenn der Vertrag mit dem Mittler zustandegekommen ist.
- b) Eine Zulassung des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", bedeutet die Anerkennung von Verträgen, die unabhängig von den vorliegenden Willenserklärungen zustandekommen und deren Inhalt entweder vom inneren, nicht erklärten Willen der Parteien oder von willensunabhängigen objektiven Momenten oder von beidem abhängt.

- c) Da das Zustandekommen eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht", von Umständen abhängt, die für die andere Vertragspartei nicht erkennbar sind, kann allenfalls im nachhinein durch den Richter festgestellt werden, ob ein solches Geschäft vorlag. Ein bewußter und risikofreier Abschluß eines "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist, zumindest in den Fällen, in denen er praktisch relevant werden könnte, selbst dann nicht möglich, wenn man ihn grundsätzlich für zulässig hält. Damit ist diese Form des Vertragsschlusses für die Zwecke des Geschäftsverkehrs unbrauchbar.

3. Teil

"Das offene Geschäft mit dem, den es angeht" .

A) Allgemeines

1. Begriffsbestimmung

- a) Der Begriff "offenes Geschäft mit dem, den es angeht", der in Anlehnung an Larenz gebildet wurde (382), wurde bereits im 1. Teil dieser Arbeit eingeführt und kurz erläutert (383): Ein "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" liegt dann vor, wenn eine Mittelsperson für ihren Geschäftsherrn ein Rechtsgeschäft abschließt und hierbei dem Gegner zu erkennen gibt, daß sie im fremden, nicht aber in wessen Namen sie handelt. Der Abschluß eines solchen Geschäfts kann daher mit Cohn (384) als "rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung der Person des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes" definiert werden. Zur deutlicheren Unterscheidung dieser Fallgruppe von den sonstigen Typen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" könnte man diese Begriffsbestimmung dahin ergänzen, daß man von "erkennbarer Offenhaltung" spricht.
- b) Demgegenüber definiert Larenz (385) die hier zu erörternden Rechtsgeschäfte als "Stellvertretung unter Offenhaltung der Person des Vertretenen". Die in dieser Begriffsbestimmung liegende Beschränkung der Fallgruppe auf Sachverhalte, in denen der Mittler als Vertreter des Geschäftsherrn handelt,

(382) Larenz AT, § 30 II b ; Larenz spricht allerdings von einem "offenen Geschäft für den, den es angeht", Die Gründe, warum hier immer von einem "Geschäft mit dem, den es angeht" gesprochen wird, wurden im ersten Abschnitt bereits dargelegt - vgl. Teil 1 § 1 (4) (S.33 ff).

(383) Vgl. oben Teil 1, § 1 A 2 b (S.10 ff).

(384) Vgl. "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", S. 12 f.

(385) Larenz AT, § 30 II b (S. 490).

steht zwar im Einklang mit der h. M. (386), ist aber, wie ebenfalls bereits im 1. Teil nachgewiesen wurde (387) hier unrichtig, da ein "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" auch über einen Boten abgeschlossen werden kann (388).

- c) Im Rahmen der bereits erfolgten (389) Einführung des Begriffs wurde auch schon erwähnt und an Beispielen verdeutlicht, daß unter den "offenen Geschäften mit dem, den es angeht" allgemein (390) zwei (Unter-) Fallgruppen unterschieden werden:

Je nachdem, ob der Geschäftsherr beim Vertragsschluß bereits bestimmt und dem Gegner nur "unbekannt" ist - oder ob er beim Abschluß des Rechtsgeschäftes noch gar nicht feststeht ("unbestimmt" ist) und erst nachträglich vom Mittler oder auch anderweitig bestimmt wird, spricht die h.M. vielfach von einem "Handeln für einen unbekannten" bzw. für einen "unbestimmten Geschäftsherrn" (391). Gegen diese Terminologie ist zunächst (teilweise) der Einwand zu wiederholen, der bereits (392) allgemein gegen die Formulierung "Handeln bzw. Geschäft für den, den es angeht" erhoben wurde: Wenn der Geschäftsherr beim Vertragsschluß bereits feststeht, dann ist er dem Mittler, der für ihn

(386) Vgl. z. B. Flume, § 44 II 1 a und 2 a ; Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Anm. 32 f zu § 164.

(387) Vgl. oben Teil 1 § 2 B (2) (S.43 ff).

(388) Wie hier: Cohn, aaO, S. 11 ff.

(389) Vgl. oben Teil 1 § 1 A 2 b (S.10 ff).

(390) Vgl. z.B. Larenz, § 30 II b ; Flume , § 44 II 1 a und 2 a ; Staudinger-Coing, Vorbem. 49 zu § 164. Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Vorbem. 32 f zu § 164.

(391) Vgl. statt vieler die in vorstehender Fußnote (390) genannten Autoren, sowie Cohn, aaO, S. 12 f.

(392) Vgl. oben Teil 1 § 1 C 3 b (S.32).

handelt regelmäßig (393) bekannt; unbekannt ist er nur dem Gegner, der das Geschäft mit ihm abschließt.

Die Formulierung Handeln "für" einen Unbekannten ist also sprachlich nicht korrekt. Die Terminologie der h. M. stimmt nur insoweit, als von einem Handeln "für" einen unbestimmten Geschäftsherrn gesprochen wird.

Im übrigen ist zur begrifflichen Unterscheidung zwischen dem "Geschäft mit einem Unbekannten" und dem "mit einem Unbestimmten" noch anzumerken, daß sie, streng genommen, unklar ist: Aus der Gegenüberstellung dieser Termini könnte man folgern, daß sie gegensätzliche Sachverhalte beschreiben. In Wahrheit stehen die beiden Fallgruppen zueinander im Verhältnis des Mehr zum Weniger. Selbstverständlich ist auch der unbestimmte Geschäftsherr dem Gegner beim Vertragsschluß "unbekannt"; er steht ja in diesem Zeitpunkt noch gar nicht fest.

Trotz dieser sprachlichen Ungenauigkeiten wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit an der Unterscheidung zwischen dem "unbekannten" und dem "unbestimmten" Geschäftsherrn festgehalten.

Eine Differenzierung zwischen den Geschäften mit einem unbekannten und denen mit einem unbestimmten Vertragspartner ist erforderlich, weil bei der zuletzt genannten Gattung einige Sonderprobleme auftauchen, die bei der ersteren keine Rolle spielen.

(393) Es sind allerdings auch Ausnahmefälle denkbar, in denen der Geschäftsherr beim Vertragsschluß objektiv zwar feststeht, dennoch aber weder dem Mittler noch dem Gegner bekannt ist. So z.B. wenn nicht feststeht, ob der ursprüngliche Geschäftsherr noch am Leben ist und das Geschäft "für den, den es angeht", sei es der Geschäftsherr oder dessen Erbe, geschlossen wird.

So unterscheidet die heute h.M. (394) z.B. hinsichtlich der (analogen) Anwendbarkeit von §§ 177, 184 BGB auf das Rechtsgeschäft zwischen den beiden Fallgruppen.

Damit erscheint es im Interesse einer klaren Deduktion vertretbar, die mittlerweile eingebürgerte Ausdrucksweise beizubehalten. Andernfalls müßte jede der Fallgruppen jeweils umschrieben werden. Dies würde aber wahrscheinlich zu einer Unübersichtlichkeit und Umständlichkeit in der Darstellung führen, deren Nachteile diejenigen, die ein Beibehalten der üblichen Terminologie mit sich bringt, bei weitem Überwiegen würden.

2. Die Bedeutung des "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht"

- a) Geschäfte mit unbekannten oder unbestimmten Vertragspartnern spielen in der Praxis eine erheblich größere Rolle, als die im vorigen Abschnitt erörterten "verdeckten Geschäfte mit dem, den es angeht". Demzufolge liegen auch erheblich mehr Entscheidungen vor, denen ein solcher Vertragsschluß zugrunde lag (395).

Gleichwohl nimmt die Erörterung des "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht", vor allem in der neueren Literatur wesentlich weniger Raum ein, als die des "verdeckten". Soweit diese Geschäfte überhaupt als eigene Fallgruppe und nicht nur nebenher innerhalb der allgemeinen Stellvertretungslehre (396) behandelt werden, ist die Darstellung mehr oder

(394) Vgl. Flume, § 44 II 2 a; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164. A.A. Cohn, aaO, S. 92 ff, der die Frage allerdings ebenfalls für beide Fallgruppen getrennt erörtert.

(395) Vgl. z.B. BGHZ 5 S. 279; BGH WM 1961 S. 1381; BGH JZ 1957 S. 441 = LM Nr. 2 zu § 179; RG JW 1926 S. 1952 Nr. 4 RG JW 1929 S. 1648; RG JW 1914 S. 150; RG LZ 1931 S. 238 Nr. 2; RG Recht 1924 Nr. 1447; OLG Stuttgart SJZ 1948 S. 455 mit kritischer Anmerkung von Hueck (S. 458); OLG Jena Recht 1904 Nr. 878; OLG Hbg. MDR 1955 S. 234; OLG Hbg. OLG 1944 S. 132; OLG Hbg. Seuff.A.76 Nr. 49; OLG Celle MDR 1951 S. 612; LG Wiesbaden DNotZ 1966 S. 370.

(396) So z.B. von Enn.-Nipperdey, § 178 II 2; Kuhn in BGB-RGRK, Anm. 5 ff zu § 164; Erman-Westermann, Anm. 10 zu § 164.

weniger kursorisch(397). In der aktuellen Literatur wird die Lehre vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht", für die nach wie vor die Monographie von Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", von grundlegender Bedeutung ist, im Grunde nur von Coing (398) eingehender behandelt.

- b) Der Grund für diese Zurückhaltung in der Literatur dürfte vor allem darin zu sehen sein, daß das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" rechtlich sehr viel unproblematischer ist, als das "verdeckte". Insbesondere die Zulässigkeit von Abschlüssen mit einem unbekannten bzw. unbestimmten Geschäftsherrn wird seit Rümelins Aufsatz "Das Handeln in fremdem Namen im BGB" aus dem Jahre 1902 (399), wie im ersten Teil bereits dargelegt wurde (400), zu recht allgemein bejaht (401).

Im Gegensatz zu dem im vorhergehenden Abschnitt behandelten Spezialfall des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" (402), steht der Zulassung eines rechtsgeschäftlichen Handelns unter erkennbarer Offenhaltung der Person des Geschäftsherrn (403) das positive Recht nicht entgegen.

-
- (397) Vgl. Larenz AT § 30 II b; Flume, § 44 II 1 a und 2a; Soergel-Schultze=von Lasaulx, Vorbem. 32 ff zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164.
- (398) Staudinger-Coing, Vorbem. 46 zu § 164, der sich dort allerdings auf eine kurze Wiedergabe der im Text genannten Monographie von Cohn beschränkt. Die eigene Stellungnahme in Vorbem. 49 zu § 164 ist ebenfalls sehr kurz gehalten.
- (399) AcP 93 S. 131 ff (218 ff). Aus der älteren Literatur vgl. insbesondere auch v. Tuhr, § 84 III und Planck-Flad, Anm. 16 zu § 164, sowie Cohn, aaO, S. 34 ff mit umfangreichen zusätzlichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.
- (400) Vgl. oben Teil 1, § 2, C (S.48 ff).
- (401) Vgl. die Nachweise aus Literatur und Rspr. in obigen Fußnoten (40) und (41) sowie die in Fußnote (395) genannten Entscheidungen.
- (402) Zum Verhältnis zwischen den beiden Fallgruppen des "Geschäfts mit dem, den es angeht" vgl. oben Teil 1 § 1 B 1 a (S.16 ff).
- (403) Vgl. die vorstehend unter 1 a wiedergegebene Definition von Cohn, aaO, S. 12 f.

Das Problem einer Rechtsfortbildung stellt sich hier also nicht.

- c) Diese geringere rechtliche Problematik und insbesondere der Umstand, daß das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" mit dem geltenden Recht im Einklang steht, machen die Rechtsfigur nach Ansicht vieler Autoren offensichtlich "uninteressant".
- d) Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt jedoch alleine die Bedeutung, die dieser Rechtsfigur im Geschäftsleben zukommt und die sich in der umfangreichen Rechtsprechung, die hierzu existiert, widerspiegelt (404), ihre Erörterung. Hinzukommt, daß keineswegs alle Fragen völlig geklärt sind, die bei einem Abschluß mit einem unbekannten oder unbestimmten Geschäftsherrn auftauchen können.

3. Zusammenfassung zu A)

- a) Beim "offenen Geschäft mit dem, den es angeht", gibt der Mittler, der als Vertreter oder als Bote handeln kann, zu erkennen, daß er in fremdem, nicht aber in wessen Namen er handelt.
- b) Innerhalb der Fallgruppe unterscheidet man zwischen Geschäften mit einem "unbekannten" und solchen mit einem "unbestimmten" Geschäftsherrn, je nachdem, ob dieser im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv bereits feststeht oder nicht.
Begrifflich ist diese Differenzierung nicht ganz korrekt, da natürlich auch dann, wenn der Geschäftsherr bei Vertragsschluß noch gar nicht feststeht, ein Geschäft mit einem "Unbekannten" vorliegt. Diese Ungenauigkeit kann jedoch in Kauf genommen werden, da sich die Terminologie mittlerweile eingebürgert hat und eine Unterscheidung der beiden Fälle sachlich gerechtfertigt ist.

(404) Vgl. auch oben Teil 1 § 2 B 2 und C 1 und die in Fußnote (395) genannten Rspr.-Nachweise.

- c) Obwohl das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" in der Literatur kaum behandelt wird, spielt es im Geschäftsleben eine nicht unbedeutende Rolle. Dies rechtfertigt seine Erörterung in dieser Arbeit.

B) Rechtliche Problematik

1. Zulässigkeit

- a) Das "offene Geschäft mit dem, den es angeht" ist, um es in diesem Zusammenhang nochmals zu betonen, nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit und dem hierzu enthaltenen Grundsatz der Gestaltungsfreiheit grundsätzlich zulässig. Dies gilt, wie ebenfalls bereits nachgewiesen wurde (405), unabhängig davon, ob der Mittler als Vertreter oder als Bote des Geschäftsherrn tätig wird.
- b) Der Vollständigkeit halber sei hier auch erneut darauf hingewiesen, daß ein Handeln für einen unbekannten oder unbestimmten Auftraggeber bei einzelnen Geschäften ausnahmsweise nicht in Betracht kommt. Es sind dies, wie ebenfalls bereits im ersten Teil erläutert wurde (406) einseitige, sowie bedingungs- und vertretungsfeindliche Rechtsgeschäfte.

2. Abgrenzung der Erscheinungsformen

- a) Schon zu Beginn dieses Abschnittes wurde darauf hingewiesen, daß man unter dem "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" zwei Fallgruppen unterscheidet: das Geschäft mit einem unbekannten und das mit einem unbestimmten Geschäftsherrn.
- b) Bei der Abgrenzung der beiden Fallgruppen untereinander wird in der jüngeren Literatur überwiegend (407) ein

(405) Vgl. oben Teil I § 2 B 2 b (S. 44 f) und C 1 (S. 49).

(406) Vgl. oben Teil I § 2 C 2 (S. 50 ff).

(407) Vgl. Flume, § 44 II 1 a; Larenz, § 30 II b; Staudinger-Coing, Vorbem. 46 zu § 164.

"Geschäft mit einem Unbekannten" angenommen, wenn der Geschäftsherr bei Vertragsschluß objektiv feststeht, aber vom Mittler erst später benannt wird. Dagegen liegt ein Handeln für einen unbestimmten Geschäftsherrn vor, wenn dieser "im Augenblick des Geschäftsabschlusses noch unbestimmt ist und der Vertreter sich vorbehält, ihn nachträglich zu bestimmen" (408). Die Bestimmung kann allerdings auch durch einen Dritten erfolgen (409).

- c) Diese Abgrenzung ist unvollständig, da sie die Fälle nicht erfaßt, in denen der Geschäftsherr im Moment des Vertragsschlusses objektiv zwar feststeht, Mittler und Gegner jedoch nicht wissen, wer es ist.

Ein solcher Sachverhalt ist beispielsweise in dem gar nicht so seltenen Fall (410) gegeben, in dem ein ausreichend bevollmächtigter Vertreter, der nicht weiß, ob sein Auftraggeber noch am Leben ist, für diesen oder für seinen Erben tätig wird.

Hier kann der Mittler den Geschäftsherrn nicht benennen, da er ihn selbst nicht kennt. Offensichtlich mit Rücksicht auf diesen Umstand ordnet Flume einen solchen Fall der Gruppe der Geschäfte für einen unbestimmten Geschäftsherrn zu (411).

Zumindest wenn man die Möglichkeit der rückwirkenden Ausschlagung (§§ 1942 ff; 1953 I BGB) außer Betracht läßt (412),

(408) Larenz, aaO; ähnlich Staudinger-Coing, aaO.

(409) Flume, § 44 II 2 a.

(410) Vgl. z.B. RG JW 1929 S. 1648; OLG Stuttgart SJZ 1948 S. 455; OLG Celle MDR 1951, S. 612.

(411) Vgl. seine Anmerkung zu OLG Celle MDR 51, S. 612 unter § 44 II 1 a.

(412) Das Ausschlagungsrecht der Erbin spielte in der von Flume erörterten Entscheidung keine Rolle. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung nämlich ausdrücklich fest, daß die Handelnde (die Mutter des Erblassers) nur für ihren Sohn oder für ihre Tochter als Erbin, nicht aber für mögliche sonstige Erben handeln wollte.

steht in diesen Fällen der Geschäftsherr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber eindeutig fest: Es ist dies entweder der Vollmachtgeber oder der Erbe. Flumes Einordnung der Fälle steht also im Widerspruch zu seinen eigenen allgemeinen Abgrenzungskriterien.

- d) Der geschilderte Beispielsfall zeigt, daß die in der neueren Literatur (413) übliche Abgrenzung zwischen einem Geschäft mit einem unbekannten und einem Handeln für einen unbestimmten Geschäftsherrn in manchen Fällen zu keinem befriedigenden Ergebnis führt.

Dies liegt nach der hier vertretenen Auffassung insbesondere daran, daß die heute h. M. ein "Geschäft mit einem unbekannten Geschäftsherrn" nur dann annimmt, wenn der Handelnde seinen Auftraggeber kennt und ihn nur dem Gegner nicht bekannt gibt. Ob der Geschäftsherr dem Mittler bekannt ist, ist bei einem "offenen Geschäft mit dem, den es angeht", aber lediglich aus praktischer Sicht von Bedeutung, rechtlich spielt dies keine Rolle.

Juristisch gesehen kann es bei der Unterscheidung der beiden Fallgruppen nur darauf ankommen, ob der Geschäftsherr, für den der Handelnde tätig werden will, im Zeitpunkt des Geschäftsschlusses objektiv feststeht oder noch nicht bestimmt ist - von wem oder wodurch die Bestimmung erfolgt, ist unerheblich. Während das geschlossene Rechtsgeschäft im ersteren Fall nämlich "perfekt" ist, muß im letzteren noch die Bestimmung des Geschäftsherrn erfolgen, damit der Vertrag (voll-)wirksam werden kann (414).

Damit ist mit Cohn (415) bei der Abgrenzung zwischen den Geschäften mit einem unbekannten und denen mit einem unbe-

- (413) Cohn, aaO, verwendet z.B. andere Abgrenzungskriterien.
- (414) Daß dieser Gesichtspunkt für die Abgrenzung unbekannter / unbestimmter Geschäftsherrn entscheidend ist, wird insbesondere auch von Flume erkannt - vgl. § 44 II 2 a. Ähnlich auch Soergel-Schultze= von Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.
- (415) aaO, S. 4

stimmten Geschäftsherrn ausschließlich darauf abzustellen, ob der Geschäftsherr, für den der Mittler handeln will, "zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung objektiv noch unbestimmt ist" (416), dann gehört das Geschäft zu der zuletzt genannten Fallgruppe - oder ob er objektiv feststeht, dann liegt ein Geschäft mit einem Unbekannten vor.

3. Wirksamwerden eines Vertrages mit einem Unbekannten

Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht", mit einem Unbekannten ist nach allgemeiner Meinung unproblematisch (417).

- a) Wenn der Mittler als Vertreter eines Geschäftsherrn gehandelt hat, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv feststand, dem Gegner aber nicht bekannt war, so gilt:

War der Mittler Bevollmächtigter, dann wirken seine Erklärungen nach § 164 BGB unmittelbar für und gegen den Geschäftsherrn;

handelte er als falsus procurator, so ist das Geschäft nach § 177 I BGB bis zur Genehmigung durch den Geschäftsherrn schwebend unwirksam; wird sie erteilt, dann wirkt sie "auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück" (§ 184 I BGB).

Der Zeitpunkt, zu dem die Benennung des Geschäftsherrn erfolgt, spielt für die Wirksamkeit des Geschäfts keine Rolle (418). Konsequenterweise ist es auch nicht erforderlich, daß sie überhaupt erfolgt. "Wenn die Sache glatt geht und jeder die Rechte erhält, die er erhalten will..." brauchen sich die Parteien "gar nicht kennenzulernen" (419). "Es ist durchaus denkbar, daß ein Vertrag durch das Handeln des

(416) Cohn, aaO.

(417) Schon Cohn hält diese Frage für unproblematisch - vgl. aaO, S. 91, ebenso Flume, § 44 II 2 a.

(418) h.M.: Cohn, aaO, S. 91; Flume, § 44 II 2 a; Soergel - Schultze v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.

(419) RG JW 1936 S. 1952 Nr. 4; vgl. auch OLG Hbg. Seuff.A.76, Nr. 49.

Vertreters zwischen Vertragsparteien zustandekommt, die sich überhaupt unbekannt bleiben" (420).

- b) Die vorstehend mitgeteilten Ergebnisse gelten auch dann, wenn der Mittler nicht als Vertreter, sondern als Bote handelt.

Wenn der Handelnde aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung tätig wird, bestehen gegenüber der normalen Botenschaft keinerlei Besonderheiten.

Problematisch erscheint der Fall, daß der Mittler als "machtlos doloser Pseudo-Bote" (421) handelt, also bewußt ohne Auftrag tätig wird, oder eine absichtlich verfälschte Erklärung abgibt.

Diese Fälle sind gesetzlich nicht geregelt. § 120 BGB ist nach herrschender und zutreffender Ansicht hier nicht anwendbar (422); der Geschäftsherr ist an die Erklärungen eines Pseudo-Boten auch ohne Anfechtung nicht gebunden (423).

Mit Rücksicht darauf, daß der Pseudo-Bote im Gegensatz zum falsus procurator keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern eine -in Wahrheit gar nicht existente- fremde Erklärung übermittelt, hat man seinem Handeln, insbesondere

(420) BGH JZ 1957, S. 441 = LM Nr. 2 zu § 179.

(421) In Anlehnung an Staudinger-Coing (Anm. 13 zu § 178) wird hier nur der "dolos machtlose Bote" als "Pseudo-Bote" bezeichnet. Zu beachten ist aber, daß dieser Ausdruck z.T. für jeden Boten ohne Ermächtigung verwendet wird -z.B. von Flume, § 43 Ziff. 5 (S. 759).

(422) Vgl. Flume, § 43 Ziff. 5 (S. 758); Enn.-Nipperdey, § 167 III 2; Staudinger-Coing, Anm. 5 zu § 120; Larenz, § 30 I 3 c; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 120; RG HRR 40 Nr. 1278.

(423) Vgl. die in vorstehender Fußnote (422) genannten Literatur- und Rechtsprechungsnachweise.

in der älteren Literatur, teilweise jede rechtliche Wirkung abgesprochen (424). Diese Auffassung wird aber weder den Interessen des Erklärungsempfängers (425) noch der wirtschaftlichen Funktion des modernen Boten (426) gerecht. Mit Rücksicht auf die "Gleichheit des Rechtsgrundes" sind vielmehr auf den Pseudo-Boten die §§ 177 ff BGB analog anzuwenden (427).

Ein "Geschäft mit dem, den es angeht", das von einem Mittler geschlossen wird, der ohne Ermächtigung handelt, ist also, auch wenn dieser als Bote auftritt, bis zu einer eventuellen rückwirkenden Genehmigung (§ 184 I BGB) schwebend unwirksam (§ 177 I BGB).

4. Wirksamwerden eines Vertrages mit einem Unbestimmten

- a) Auch hier spielt es für die Frage, wann das Rechtsgeschäft wirksam wird, keine Rolle, ob der Mittler als Vertreter oder als Bote handelt. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auf beide Möglichkeiten.

-
- (424) Cohn; "Der Empfangsbote", S. 96 ff, für den Empfangsboten; diese Auffassung hat er in seiner hier vielfach zitierten Monographie, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht" jedoch ausdrücklich aufgegeben (vgl. Fußnote 1 zu Seite 79); Lehmann-Hübner, § 36 I 1 a; Oertmann, Anm. 7 zu § 177; Planck-Flad, Anm. 6 a zu § 179; wohl auch Staudinger-Riezler (10. Aufl.) Anm. 13 zu § 177, zumindest für den Fall, daß der Bote ohne Auftrag tätig wird.
- (425) Auf diesen Gesichtspunkt stützen z.B. Flume, § 43 Ziff. 5 und Staudinger-Coing, Anm. 13 zu § 178 ihre abweichende Meinung.
- (426) Auf die "gestiegenen Anforderungen" an die "Verantwortlichkeit" des modernen Boten und auf die "Erfordernisse des modernen Verkehrs" wird von Enn.-Nipperdey in Fußnote 7 zu § 178 hingewiesen.
- (427) Vgl. z.B. Soergel - Schultze-v. Lasaulx, Anm. 12 zu § 177; Staudinger-Coing, Anm. 13 zu § 178; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 b zu § 178; Flume, § 43 Ziff. 5 (S. 759); Enn.-Nipperdey, § 178 II 1 a (Fußnote 7); v. Tuhr II, 2, S. 340 f; G. Hueck, S. 452 ff; Cohn, "Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht", S. 45 für den Erklärungsboten und S. 79 (Fußnote 1) für den Empfangsboten.

- b) Das Geschäft mit einem unbestimmten Geschäftsherrn zeichnet sich gegenüber den vorstehend behandelten Verträgen mit einem unbekannten Partner dadurch aus, daß der Vertrag noch nicht perfekt ist, wenn er zwischen dem Erstkontrahenten und dem Mittler geschlossen ist. Zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung ist hier zunächst, daß der Geschäftsherr bestimmt wird (428) und außerdem, wenn der Mittler ohne Ermächtigung tätig wird, daß der Geschäftsherr "beitritt" (429). Handelt der Mittler dagegen als Bevollmächtigter, bzw. als ausreichend ermächtigter Bote, dann bedarf es dieses besonderen Beitritts des Geschäftsherrn nicht mehr; dann ist der Abschluß vielmehr mit erfolgter Bestimmung perfekt (430).
- c) Wenn der Handelnde nicht ermächtigt wird, sind demnach theoretisch drei verschiedene Möglichkeiten denkbar, "für die Lage des Zeitpunktes, in dem die vertraglichen Wirkungen zu laufen beginnen" (431).

(1) Der Zeitpunkt, zu dem das Geschäft perfekt ist, d.h. also, wenn der Vertrag geschlossen, der Geschäftsherr bestimmt und dieser beigetreten ist.

-
- (428) Cohn, aaO, S. 91; Staudinger-Coing, Vorbem. 46 zu § 164; Flume, § 44 II 2 a; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.
- (429) Dieses zusätzliche Erfordernis wird von Cohn, aaO, zu Recht betont; von Flume und Schultze - v. Lasaulx wird es offensichtlich übersehen.
- (430) Diesen Gesichtspunkt scheint wiederum Cohn, aaO, S. 91 zu übersehen, wenn er für alle Geschäfte mit einem unbestimmten Geschäftsherrn die Meinung vertritt, daß "solange... der Geschäftsherr noch nicht beigetreten ist, die Rechtswirkungen des Geschäfts nicht eintreten können". Wie hier: OLG Hbg. OLG E 44 S. 132; Flume, § 44 II 2 a; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.
- (431) Cohn, aaO, S. 91 .

- (2) Der Moment, in dem der Geschäftsherr des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bestimmt wird, unabhängig vom Zeitpunkt seines Beitritts (vorausgesetzt, dieser erfolgt überhaupt).
- (3) Der Augenblick, in dem der Vertrag zwischen Mittler und Erstkontrahenten abgeschlossen wird.

Für die unter (1) genannte Alternative tritt, soweit ersichtlich, niemand ein (432). Gegen sie wird zu Recht eingewandt, daß sie den Interessen der Parteien nicht gerecht werde (433). Im übrigen stünde diese Lösung auch im Widerspruch zu §§ 177, 184 BGB.

Wenn man die Entwicklung eines Geschäfts mit einem unbestimmten Vertragspartner untersucht und die einzelnen Stadien mit anderen Rechtsgeschäften, die über eine Mittelsperson abgeschlossen werden, vergleicht, dann stellt sich heraus, daß es sich, sobald der Geschäftsherr bestimmt ist, in nichts mehr von einem Vertrag mit einem Unbekannten bzw., wenn der Erstkontrahent weiß, wer bestimmt wurde, von einem Fall normaler Stellvertretung unterscheidet.

Ist der Mittler im Besitz einer wirksamen Vollmacht des später Bestimmten, dann ist das Geschäft nunmehr, wie bereits ausgeführt wurde, perfekt; fehlt die Ermächtigung, bedarf es noch des "Beitritts" des Geschäftsherrn. Dieser Beitritt stellt rechtlich nichts anderes dar, als eine Genehmigung des Geschäfts nach § 184 BGB, der nach dieser Bestimmung rückwirkende Kraft zukommt. Dies gilt auch dann, wenn der Mittler als Bote aufgetreten ist, da dann die §§ 177 ff BGB, also auch § 184 BGB, analog anzuwenden sind.

Fraglich kann demnach nur sein, ob ein Geschäft mit einem Unbestimmten im Zeitpunkt der Bestimmung wirksam wird

(432) Ausdrücklich abgelehnt wird sie von Cohn, aaO, S. 92.

(433) Cohn, aaO.

(entweder nach § 164 oder nach §§ 177, 184 BGB) oder ob eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses anzunehmen ist. Diese Frage ist in der Tat umstritten (434). Flume lehnt eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab, weil "jede Rückbeziehung.... fragwürdig" sei und sie hier auch nicht im Interesse der Beteiligten liege (435). Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen:

Wenn man "jede Rückbeziehung" vermeiden wollte, dann müßte man bei einem Geschäft, das von einem machtlosen Mittler geschlossen wurde, annehmen, daß seine Rechtswirkungen erst mit erfolgtem Beitritt des Geschäftsherrn (ex nunc) eintreten. Ganz abgesehen davon, daß Flume selbst sie nicht vertritt, verbietet sich eine solche Lösung, wie bereits dargelegt wurde, nach § 184 I BGB.

Damit geht es aber nicht, wie Flume meint, um die Frage, ob überhaupt eine Rückwirkung stattfindet; statt dessen "bleibt (zumindest, wenn ein machtloser Mittler auftritt, was nach Flume sogar der Regelfall sein soll (436) - Anmerkung des Verfassers) nur die Wahl, zwischen der bloß mittelbaren, indirekten (Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Bestimmung - Anmerkung des Verfassers) und der unmittelbaren, direkten Rückwirkung (437)".

Gerade auch unter den Gesichtspunkten "der Klarheit der Rechtsverhältnisse und der Sicherheit des Rechtsverkehrs" die nach Flume (438) gegen eine Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sprechen, ist dieser gegenüber der anderen Alternative der Vorzug zu geben. Insbesondere wenn der Mittler mehrere "Geschäftsherrn" vertritt, wie in den eingangs angeführten Beispielfällen (439) (ein

(434) Für Rückwirkung: Cohn, aaO, S. 93 ff (104); wohl auch Staudinger-Coing, Vorbem. 46 und 49 zu § 164; dagegen: Flume, § 44 II 2 a; Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164; wohl auch OLG Hbg. OLG E 44 S. 132.

(435) aaO, S. 772; ähnlich Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 34 zu § 164.

(436) aaO, S. 771 .

(437) Cohn, aaO, S. 92.

(438) S. 773.

(439) Vgl. oben Teil I, § 1 A 2 b und Abschnitt A 1 dieses Paragraphen.

Reiseführer bestellt für und im Namen einer Reisegesellschaft Hotelzimmer; ein Handelsvertreter nimmt im Namen mehrerer Firmen einen Großauftrag an, in der Absicht, diesen auf die einzelnen Firmen zu verteilen), läßt sich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses viel leichter und eindeutiger feststellen, als der, zu dem die einzelnen Geschäftsherrn bestimmt wurden.

Vor allem aber ist im Interesse der Beteiligten und insbesondere dem des Erstkontrahenten erforderlich, daß man die Wirkungen des Geschäfts mit einem unbestimmten Partner rückwirkend zum Zeitpunkt des Abschlusses eintreten läßt. Wenn diese Geschäfte erst ab dem Zeitpunkt der Bestimmung des Geschäftsherrn wirksam werden, dann sind sie völlig überflüssig. Dann ist nicht einzusehen, warum man überhaupt neben dem Geschäft mit einem unbekannten eines mit einem unbestimmten Geschäftsherrn zuläßt. Vorstehend wurde ja bereits darauf hingewiesen, daß in dem Moment, in dem der Geschäftsherr bestimmt ist, also objektiv feststeht, ein "Geschäft mit einem Unbekannten" vorliegt. Weiter liegt der Sinn eines Abschlusses mit einem unbestimmten Partner regelmäßig darin, daß man eine vertragliche Bindung herbeiführen will, noch bevor die Bestimmung erfolgen kann. Wenn beispielsweise ein Versicherungsmakler eine Deckung akzeptiert für eine von mehreren von ihm vertretenen Gesellschaften, deren Bestimmung er sich vorbehält (440), dann erwartet der Kunde, daß er von dem Moment an Versicherungsschutz genießt, in dem ihm das Akzept des Maklers zugeht.

- d) Nach alledem erscheint die sachgerechteste Lösung die zu sein, daß man mit Cohn und Coing (441) in analoger An-

(440) Vgl. den Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Hbg. OLG E 44, S. 132 zugrunde lag. Derartige Fälle sind in der Praxis recht häufig, da die meisten Versicherungsmakler(Broker) mehrere Gesellschaften vertreten.

(441) Vgl. Cohn, aaO, S. 91 ff (104); Staudinger-Coing, Vorbem. 46 und 49 zu § 164.

wendung von §§ 177, 184 BGB annimmt, daß das Geschäft mit einem unbestimmten Vertragspartner, wenn Bestimmung, und, wo erforderlich, Beitritt des Geschäftsherrn erfolgt sind, rückwirkend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam wird.

5. Haftung des Mittlers nach § 179

- a) Hat der Mittler als falsus procurator gehandelt, dann haftet er nach § 179 BGB, wenn das Geschäft nicht genehmigt wird, bzw. der nachträglich bestimmte Geschäftsherr nicht beitrifft (442). Insoweit besteht keine Besonderheit gegenüber "normalen" Stellvertretungsfällen. Wurde der Handelnde als Pseudo-Bote tätig, dann haftet er im selben Maße nach § 179 BGB analog (443).
- b) Eine Haftung des Mittlers aus § 179 BGB kommt dagegen nicht in Betracht, wenn dieser mit einer entsprechenden Vollmacht für einen bestimmten, nicht benannten Geschäftsherrn tätig werden will, der jedoch nicht der Berechtigte ist. In einem solchen Fall kann man nicht davon ausgehen, daß der Handelnde als falsus procurator des wahren Berechtigten tätig wurde. Dies gilt auch dann, wenn der Mittler "als Beauftragter des Berechtigten" auftrat, ohne diesen namentlich zu nennen (444).

6. Zusammenfassung zu B)

- a) Der Abschluß eines "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht" ist mit Rücksicht auf die rechtliche Gestaltungs-

(442) Allgemeine Meinung: vgl. z.B. Flume, § 44 II 1 a; Cohn, aaO, S. 57 und S. 179.

(443) Vgl. oben Abschnitt B 3 (b) dieses Paragraphen (S.130 f).

(444) Vgl. BGH in JZ 1957, S. 441, wo der Vertreter sich selbst als "Beauftragten des Eigentümers" bezeichnete, in Wahrheit aber einen Nichtberechtigten vertrat.

freiheit, die Teil der Vertragsfreiheit ist, sowohl über einen Vertreter, als auch über einen Boten zulässig. Grundsätzlich unzulässig ist ein solcher Abschluß lediglich bei einseitigen sowie bei bedingungs- und vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften.

- b) Für die Abgrenzung zwischen einem "Geschäft mit einem "unbekannten" und einem "unbestimmten" Geschäftsherrn ist alleine darauf abzustellen, ob dieser bei Vertrags-schluß objektiv feststeht oder nicht. Die Frage, ob er dem Mittler (zu dieser Zeit) bekannt ist, spielt hierbei keine Rolle.
- c) Besonderheiten hinsichtlich des Wirksamwerdens eines "offenen Geschäfts mit dem, den es angeht" sind nur bei einem Vertrag mit einem Unbestimmten zu beachten: Dieser ist erst perfekt, wenn der Geschäftsherr bestimmt worden ist und, wenn ein machtloser Mittler gehandelt hat, "beigetreten" ist (d.h. genehmigt hat). Sind diese Wirk-samkeitsvoraussetzungen erfüllt, dann wird das Geschäft analog §§ 177, 184 BGB rückwirkend zum Zeitpunkt des Ver-tragsschlusses wirksam. Bei einem Abschluß mit einem Unbe-kannten gelten die §§ 164, 177 (I), 184 (I) BGB unmittel-bar.
- d) Wenn der Mittler als falsus procurator bzw. als Pseudo-Bote tätig wird, haftet er nach § 179 BGB bzw. analog dieser Vorschrift, wenn der Geschäftsherr nicht genehmigt.

4. Teil

Sonstige "Geschäfte mit dem, den es angeht"

§ 1

Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten

A) Allgemeines zur Fallgruppe

Es kommt häufiger vor, daß Zahlungen auf ein Sparbuch oder -konto geleistet werden, ohne daß der Einzahlende dem Geldinstitut gegenüber klarstellt, wer der Berechtigte des Sparguthabens sein soll. Diese Praxis wird dadurch begünstigt, daß die Banken oder Sparkassen der Frage, wer im Einzelfall der Sparer ist, im allgemeinen keine besondere Aufmerksamkeit schenken, da die Verwaltung von Sparbüchern oder -konten für sie ein typisches Massengeschäft ist.

In solchen Fällen ist die Feststellung des Gläubigers des Geldinstituts immer dann problematisch, wenn hierfür ausser dem Einzahlenden noch jemand anderer in Frage kommt. Die Frage, wie diese Sachverhalte rechtlich zu beurteilen sind, bzw. worauf bei der Ermittlung des wahren Berechtigten abzustellen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

B) Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

1. Die Theorie des Reichsgerichts und der überwiegenden Literaturmeinung:

Einzahlungen auf Sparkassenbücher bzw. auf sonstige Sparkonten werden von der überwiegenden Literaturmeinung (445) im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (446) und des Reichs-

(445) Flume, § 44 II 2 B; Mordhorst, MDR 1956, S. 4; Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164, (a.A. Soergel-Lippisch, Vorbem. 57 zu § 607); Staudinger-Riedel, Anm. 21 zu § 607; Wilde in BGB-RGRK Anm. 15 zu § 607. Erman-Westermann, Anm. 23 zu § 164; unklar: Erman-Wagner, Anm. 9 zu § 607 und Enn.-Lehmann, § 142 III 2, die beide, unter Berufung auf RGZ 73 S. 220 (221) auf den "erkennbaren Willen" des Einzahlenden abstellen, ohne näher darzutun, für wen dieser Wille erkennbar sein muß; mit Rücksicht auf RGZ 73, S. 220 sind sie aber wohl hier einzuordnen.

(446) Vgl. RG in Warn Rspr. 1912 Nr. 197, 1916 Nr. 75; 1918 Nr. 887; wohl auch RGZ 73 S. 220, wo auf S. 221 zwar auf den "erkennbaren Willen" des Einzahlenden abgestellt wird, es aber offensichtlich nicht als erforderlich angesehen wird, daß dieser Wille gerade für das Kreditinstitut erkennbar ist.

arbeitsgerichts (447) teils ausdrücklich (448), teils nur vom Ergebnis her (449) als verdecktes "Geschäft mit dem, den es angeht" behandelt.

- a) Das Reichsgericht (450) hatte schon für das Gemeine Recht festgestellt, daß bei einem Sparkassenbuch "für die Eigentums- oder Miteigentumsfrage ... der Umstand, daß ein Sparkassenbuch etwa auf den Namen eines anderen, als denjenigen, welcher die darin verbrieften Einzahlungen geleistet hat, geschrieben wurde, an und für sich ebensowenig entscheidend" ist, "wie diese Tatsache alleine den Dritten noch nicht der Sparkasse gegenüber forderungsberechtigt macht". Nach Auffassung des Reichsgerichts soll es vielmehr ausschließlich vom "erkennbaren Willen" (451) des Einzahlenden abhängen, wer Gläubiger der Darlehensforderung (452) gegenüber dem Kreditinstitut wird (453). In den ersten Entscheidungen (454) nahm das Gericht noch an, der Einzahlende handle regelmäßig im eigenen Namen und zu seinen Gunsten und werde daher selbst Eigentümer des Sparkuthabens. Diesen Auslegungsgrundsatz hat das Reichsgericht später jedoch fallengelassen und statt dessen allgemein festgestellt, es sei "unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles zu prüfen, wer nach dem erkennbaren Willen des die Einzahlung bewirkenden Darlehensgebers der Gläubiger werden soll (455)". Dieser Wille

(447) RAG DR 1942 S. 1652 mit Anm. Wieacker.

(448) Flume, § 44 II 2 b und Soergel - Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. 42 zu § 164 ordnen Einzahlungen auf Sparkassenbücher und sonstige Sparkonten ausdrücklich dem "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" zu.

(449) Vgl. die übrigen in obiger Fußnote (445) und (446) genannten Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung sowie BGH in WM 1966 S.679, RGSt 43 S. 17; vgl. auch KG, Spark. 1962 S. 45.

(450) RGZ 11 S. 239 (241).

(451) RGZ 73 S. 221.

(452) Daß durch Einlagen auf Sparkassenbücher und andere Sparkonten bei Kreditinstituten ein Darlehensvertrag zustandekommt, ist heute völlig h.M.; vgl. z.B. RGZ 73 S. 220; Wilde in BGB-RGRK Anm. 15 zu § 607; Staudinger-Riedel, Anm. 21 zu § 607; Enn.-Lehmann, § 142 III 2.

(453) Die Auffassung, die ein Strafsenat des RG (RGSt 43 S.17) vertrat, daß regelmäßig derjenige als Gläubiger anzusehen sei, der wirtschaftlich der Darlehensgeber war, regelmäßig also der, mit dessen Mitteln die Einzahlung erfolgt ist, wurde von den Zivilsenaten ausdrücklich zurückgewiesen - vgl. RGZ 73 S. 221.

(454) RGZ 11 S. 239, RGZ 60 S. 143.

(455) RGZ 73 S. 221.

des Einzahlenden muß nur irgendwie objektiv manifestiert, nicht aber gerade für das Kreditinstitut erkennbar sein (456).

Damit nahm das Reichsgericht an, daß Einzahlungen auf Sparkonten "Geschäfte mit dem, den es angeht" seien, bei denen verdeckte Stellvertretung zulässig ist. Diese Meinung wird, wie eingangs schon erwähnt wurde, von einem großen Teil der Literatur geteilt.

- b) Besonders bemerkenswert ist hierzu, daß sowohl das Reichsgericht, als auch ein großer Teil der Autoren, die ihm folgen, mit dieser Auffassung der eigenen allgemeinen Theorie zum "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" widersprechen:

Das Reichsgericht vertrat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß "verdeckte Stellvertretung" nur bei der Übereignung von Mobilien nicht aber bei obligatorischen Verträgen zulässig sei (457). In den erwähnten Entscheidungen zu Einzahlungen auf Sparkonten fehlt jede Erklärung, warum für diese Darlehensverträge eine Ausnahme gelten soll.

Auch Westermann beschränkt den Anwendungsbereich des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" grundsätzlich auf dingliche Verträge (458).

Soweit er diese Konstruktion ausnahmesweise auch bei obligatorischen Rechtsgeschäften zulassen will (459), soll dies nur bei kleinvolumigen Geschäften gelten. Eine ent-

(456) So ausdrücklich RG in Warn Rspr. 1916 Nr. 75. Diese Ansicht des Reichsgerichts läßt sich i.ü. auch bereits RGZ 73 S. 220 entnehmen, da dort nirgend geprüft wird, wie der Einzahlende der Sparkasse gegenüber aufgetreten ist.

(457) Vgl. z.B. RGZ 99 S. 208; 100 S. 190; 109 S. 168; 140 S. 223.

(458) Sachenrecht, § 42 IV 3 (e).

(459) Erman-Westermann, Anm. 19 zu § 164.

sprechende Einschränkung vermißt man bei seiner Behandlung der Einzahlungen auf Sparguthaben ebenso, wie eine Erklärung der Ausnahmebehandlung, die er diesen Fällen zu teil werden läßt.

Flume lehnt die Konstruktion des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" schließlich völlig ab und läßt sie nur ausnahmsweise bei Einzahlungen auf Sparkassenbücher zu, ebenfalls ohne zu begründen, warum die Einwände, die er gegen diese Lehre im grundsätzlichen vorbringt, hier nicht durchschlagen sollen (460).

2. Die Meinung des BGH

Der BGH folgt dem Reichsgericht nur insoweit, als auch er bei der Frage, wer Eigentümer eines Sparguthabens ist, auf den "erkennbaren Willen" des Einzahlenden und nicht darauf abstellt, auf wessen Namen das Sparbuch oder -konto ausgestellt ist (461). Im Gegensatz zum Reichsgericht vertritt er jedoch mit einer einzigen -möglicherweise aber nur mißverständlichen- Ausnahme (462) in allen Entscheidungen die Auffassung, daß dieser Wille dem Kreditinstitut gegenüber erkennbar sein muß (463). Der BGH hat bei Einzahlungen auf Sparkonten also -zumindest bisher- keine verdeckte Stellvertretung zugelassen; er behandelt diese Rechtsgeschäfte somit

(460) Flume, § 44 II 2 (c).

(461) Vgl. insbesondere BGH WM 1963 S. 455 und BGHZ 21 S. 148.

(462) BGH WM 1966 S. 679. Die Entscheidung stellt bei der Frage, welchem von zwei Ehegatten ein Sparkonto zusteht, nur auf ihr Innenverhältnis ab. Den Gesichtspunkt, wen die Bank als Gläubiger ansieht, erklärt der BGH hier ausdrücklich für unbeachtlich. Das Urteil ist aber jedenfalls im Ergebnis richtig, da es nur um die Ansprüche der Ehegatten untereinander ging, die Frage, wer Darlehensgläubiger der Bank war, somit keine Rolle spielte.

(463) Vgl. z.B. BGHZ 21 S. 148; BGH in WM 1963 S. 455; WM 1965 S. 897 = Spark. 1965 S. 483 mit Anm. Pikart; WM 1966 S. 1246 = Betr. 1966 S. 1965.

nicht als "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" (464).

Die Auffassung des BGH wird in der Literatur außer von Putzo (465) insbesondere von Canaris (466) geteilt. Im Gegensatz zur Rechtsprechung stellt Canaris bei der Feststellung des dem Kreditinstitut "erkennbaren Willens" des Einzahlenden jedoch in erster Linie darauf ab, auf wessen Namen das Sparbuch bzw. -konto lautet.

3. Die Meinung anderer Autoren

Eine Mindermeinung in der Literatur (467) vertritt schließlich die Auffassung, Inhaber eines Sparguthabens könne grundsätzlich nur derjenige sein, auf dessen Namen das Sparbuch oder -konto lautet. Soweit ein Dritter Einzahlungen auf das Konto leistet, handle er als dessen Vertreter (468). Zur Begründung wird vor allem auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und auf das pflichtgemäße (§ 163 AO) Interesse des Kreditinstitutes an der Feststellung der Identität des Darlehensgläubigers verwiesen (469).

(464) Dieser Gesichtspunkt wird in der Literatur teilweise übersehen; so z.B. von Flume, der zu diesem Problemkreis ausführt: "Für die Einzahlung auf Sparkassenbücher sollte man jedoch die Rechtsprechung gelten lassen, daß die Einzahlungen "Geschäfte für den sind, den es angeht" - vgl. § 44 II 2 b. Aus dem Zusammenhang ergibt sich eindeutig, daß Flume hier nur "verdeckte Geschäfte mit dem, den es angeht", meinen kann. Mißverständlich insoweit auch Soergel-Lippisch, Vorbem. 57 zu § 607.

(465) Palandt-Putzo, Vorbem. 30 zu § 607.

(466) NJW 1973 S. 825.

(467) Soergel-Lippisch, Vorbem. 57 zu § 607; Cohn, aaO, S. 169 ff (S. 178).

(468) Cohn, aaO, S. 179 ff.

(469) Soergel-Lippisch, Vorbem. 57 zu § 607; Cohn, aaO, S. 176 ff.

C) Eigene Stellungnahme

Unter den vorstehend wiedergegebenen Meinungen ist der des BGH und -soweit sie mit obiger übereinstimmt- der von Canaris und Putzo der Vorzug zu geben.

1. Die Ansicht, die ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" annimmt

Die Theorie, die bei Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten verdeckte Stellvertretung zulassen will ist, wie die Rechtsfigur des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" allgemein, abzulehnen, weil sie eine unzulässige Rechtsfortbildung bedeutet.

- a) Ein Bedürfnis nach einer von § 164 (II) BGB abweichenden Zulassung einer verdeckten Stellvertretung besteht hier ebensowenig wie beispielsweise bei der Übereignung von Mobilien:

Dem Bedürfnis nach einem raschen Rechtserwerb des eigentlichen Darlehensgläubigers wird durch die Möglichkeit einer antezipierten Forderungsabtretung ausreichend Rechnung getragen. Diese Konstruktion, die mit dem positiven Recht in Einklang steht, macht eine Rechtsfortbildung hier ebenso überflüssig und damit unzulässig, wie die Rechtsfigur des antezipierten Konstituts bei der Übereignung beweglicher Sachen.

Der Umstand, daß bei einer antezipierten Zession ebenso wie beim antezipierten Konstitut ein Durchgangserwerb des Mittlers eintritt, spielt hier wie dort in der Praxis keine Rolle. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, daß sich sämtliche Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung bei Einzahlungen auf Sparguthaben die Grundsätze des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" angewendet

hat (470), auch über die Annahme einer antezipierten Zession hätten lösen lassen.

- b) Im übrigen wäre eine generelle Anwendung der Rechtsfigur bei Einzahlungen auf Sparbücher bzw. -konten auch nach der (allgemeinen) Lehre vom "verdeckten Geschäft mit dem, den es angeht" nicht zulässig.

Zunächst müßte die Annahme der Rechtsfigur nach Auffassung der Mehrzahl ihrer Vertreter (471) schon daran scheitern, daß es hier um einen obligatorischen und nicht um einen dinglichen Vertrag geht.

Darüberhinaus kann man auch nicht davon ausgehen, zumindest nicht generell, daß dem Kreditinstitut die Person des Darlehensgläubigers gleichgültig ist (472). Die Haftung des Kreditinstituts, die auch bei Sparbüchern zwar eingeschränkt, nicht aber ausgeschlossen ist, vor allem aber das Sicherungsbedürfnis der Bank oder Sparkasse werden zu Recht als gewichtige Argumente gegen diese angebliche Gleichgültigkeit ins Feld geführt (473).

(470) Vgl. z.B. RGZ 73 S. 220; RG in Warn Rspr. 1912 Nr. 197; 1916 Nr. 75; 1918 Nr. 887; RGSt 43 S. 17; RAG DR 1942 S. 1652.

(471) Das RG in ständiger Rechtsprechung, vgl. die unter Fußnote (457) zitierten Entscheidungen; vgl. ferner: Westermann, § 42 IV 3 e; Baur, § 51 VII 3; Lent-Schwab, § 30 V; J.v. Gierke, § 69 III 3 b; Schuhmann, Bd. II § 14 III 2 b (b); Staudinger-Berg, Anm. 23 zu § 929; Soergel-Mühl, Anm. 14 zu § 929; Ratz in HGB-RGRK, Anm. 12 a zu § 366; Schlegelberger-Hefermehl, Anm. 59 zu § 383.

(472) Hierauf wurde, zu Recht, schon von Cohn, aaO, S. 176 (ff) hingewiesen. Auch Canaris, aaO, S. 826, weist zutreffend darauf hin, daß es eine unzulässige Unterstellung ist, wenn man ohne weiteres davon ausgeht, dem Kreditinstitut sei die Person des Darlehensgläubigers gleichgültig.

(473) Vgl. Cohn und Canaris, aaO.

2. Die Theorie, die auf die Bezeichnung abstellt

Auch die zuletzt erwähnte Auffassung, wonach nur derjenige, auf dessen Namen das Sparkonto oder -buch lautet, Gläubiger des Sparguthabens sein kann, ist abzulehnen.

Dies bedeutet allerdings nicht, daß die Bezeichnung nicht ein -je nach den Umständen mehr oder weniger gewichtiges- Indiz für die Person des Berechtigten darstellt; das Gegenteil ist vielmehr von je her allgemein anerkannt (474).

a) Soweit man darüberhinaus dem Namen, auf den das Sparbuch oder -konto lautet, praktisch konstitutive Bedeutung im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse zumißt, überbewertet man einen Vorgang, der im Grunde mehr verwaltungstechnischer Natur ist. Gerade bei Guthaben, die mehreren Personen gemeinsam zustehen sollen (z.B. Eheleuten), wird häufig auch seitens des Kreditinstituts angeregt, daß Sparbuch oder -konto nur auf einen der Berechtigten ausstellen zu lassen, weil dies "verwaltungstechnisch" einfacher sei und dadurch Miteigentum der anderen nicht ausgeschlossen werde. In solchen Fällen führt die Theorie zu einer Auslegung der Vertragsvereinbarungen, die im Widerspruch zu § 133 BGB steht.

b) Die eingangs (475) erwähnten Gründe, die für die hier zu erörternde Theorie von ihren Anhängern ins Feld geführt werden, vermögen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht zu überzeugen.

Da die Gläubigerstellung jederzeit durch eine formlose Zession nach § 398 BGB auf eine andere Person übertragen werden kann, ohne daß das Kreditinstitut hiervon auch nur

(474) Vgl. z.B. Canaris NJW 1973 S. 825 f und die dort genannten weiteren Nachweise.

(475) Vgl. den Abschnitt A Ziff. 3 oben (S. 142).

Kenntnis erlangen, geschweige denn damit einverstanden sein muß (476), ist diese Meinung jedenfalls nicht mit dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu begründen.

Mit Rücksicht auf die jederzeit mögliche Forderungsabtretung, vor allem auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer antezipierten Zession, bietet diese Theorie auch dem Kreditinstitut im Vergleich zur Theorie des BGH keine nennenswerten Vorteile. Sie ist daher, vor allem wegen § 133 BGB als zu formalistisch abzulehnen.

3. Die Meinung, die auf den "erkennbaren Willen" der Parteien abstellt

- a) Demgegenüber steht die Meinung des BGH, wonach derjenige Gläubiger des Kreditinstituts wird, den der Einzahlende dazu erkennbar bestimmt, mit den allgemeinen Grundsätzen unseres Zivilrechts, insbesondere mit den §§ 164 II, 133 BGB in Einklang (477).
- b) Diese Theorie bedarf nach der hier vertretenen Auffassung nur einer Ergänzung im Hinblick auf die Möglichkeit, ein "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" abzuschließen.

Den einschlägigen Entscheidungen des BGH (478) und den Ausführungen der ihm folgenden Autoren (479) könnte man entnehmen, daß es immer erforderlich sei, daß der Einzahlende gegenüber dem Kreditinstitut zu erkennen gebe, wer nach seinem Willen konkret Gläubiger der Darlehensforderung werden wolle.

Diese Ansicht würde aber der ansonsten einhelligen Meinung widersprechen, daß ein Rechtsgeschäft -wenn der Gegner

(476) Diese Möglichkeit wird auch von den Anhängern dieser Theorie nicht geleugnet - vgl. z.B. Cohn, aaO, S. 176. Vgl. hierzu auch Canaris, aaO, S. 825.

(477) So auch Canaris, aaO, S. 825.

(478) Vgl. z.B. BGHZ 21 S. 148; BGH in WM 1963 S. 455; WM 1965 S. 897 = Spark. 1965 S. 483 mit Anm. Pikart; WM 1966 S. 1246 = Betr. 1966 S. 1965.

(479) Canaris NJW 1973 S. 825; Palandt-Putzo, Vorbem. 30 zu § 607.

dies weiß und damit einverstanden ist- auch mit einem unbekannten oder auch mit einem unbestimmten Vertragspartner als "offenes Geschäft mit dem, den es angeht" abgeschlossen werden kann. Dieser Grundsatz gilt auch für Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten.

- c) Damit ist als Ergebnis festzuhalten, daß bei Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten derjenige Gläubiger der Darlehensforderung wird, den der Einzahlende dazu gegenüber dem Kreditinstitut bestimmt. Nicht erforderlich ist, daß der Einzahlende gegenüber der Bank oder Sparkasse eine bestimmte Person bezeichnet. Für das unmittelbare Zustandekommen eines Spar- (=Darlehens-) Vertrages mit einem Dritten genügt es vielmehr, daß der Einzahlende gegenüber dem Kreditinstitut ausdrücklich oder konkludent zu erkennen gibt, daß eine Person, die er noch nicht benennen oder erst noch bestimmen will, Gläubiger der Darlehensforderung sein soll. Der Vertrag kommt in diesem Fall selbst dann unmittelbar mit dem Geschäftsherrn zustande, wenn das Sparbuch oder -konto auf den Namen des Mittlers lautet (offenes Geschäft mit dem, den es angeht).

D) Zusammenfassung

1. Die Frage, wer als Eigentümer eines Guthabens aus einem Sparbuch oder -konto anzusehen ist, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten:
 - a) Die überwiegende Literaturmeinung vertritt im Anschluß an das Reichsgericht die Ansicht, Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten seien "verdeckte Geschäfte mit dem, den es angeht". Wer Darlehensgläubiger des Kreditinstituts werde, bestimme sich ausschließlich nach dem Willen des Einzahlenden, und zwar auch dann, wenn dieser dem Kreditinstitut nicht bekannt gewesen sei.
 - b) Auch der BGH und die Autoren, die ihm folgen, stellen auf den Willen des Einzahlenden ab, im Gegensatz zum Reichsgericht jedoch nur, soweit dieser für das Kreditinstitut erkennbar wird.

- c) Demgegenüber ist eine Mindermeinung in der Literatur der Auffassung, nur derjenige, auf dessen Namen das Sparbuch oder -konto lautet, könne der Darlehensgläubiger sein.

2. Der Auffassung des BGH ist zu folgen, da sie alleine mit dem geltenden Recht in Einklang steht.

- a) Die anderen Meinungen weichen ohne berechtigten Grund von allgemeinen Rechtsgrundsätzen ab. Mit Rücksicht auf die jederzeit mögliche formlose Zession der Darlehensforderung, die auch im vorhinein vereinbart werden kann (antezipierte Zession), besteht weder eine Veranlassung, eine verdeckte Stellvertretung zuzulassen ("verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht"), noch der Bezeichnung des Sparbuchs- bzw. -kontos praktisch konstitutive Wirkung beizumessen.
- b) Die Meinung des BGH, bei der Frage, wer Inhaber eines Sparbuchs oder -kontos sei, komme es alleine auf den (für die Bank oder Sparkasse) erkennbaren Willen des Einzahlenden an, bedarf einer Ergänzung im Hinblick auf das "offene Geschäft mit dem, den es angeht":

Es ist nicht erforderlich, daß der Einzahlende zu erkennen gibt, für wen er in concreto handelt. Es genügt völlig, wenn er zu erkennen gibt, daß er die Einzahlung nicht für sich selbst leistet. Wenn das Kreditinstitut dann nicht auf der Bekanntgabe des Gläubigers besteht, kommt ein Darlehensvertrag mit einem unbekannten bzw. noch zu bestimmenden Geschäftsherrn zustande ("offenes Geschäft mit dem, den es angeht").

§ 2

Die Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens"

1. Allgemeines zur Fallgruppe

- a) Die hier zu erörternden Geschäfte zeichnen sich dadurch aus, daß jemand mit einem Unternehmer (im weitesten Sinne, also unter Einschluß der freien Berufe, Landwirte etc. - vgl. § 1 UStG) geschäftlich kontrahieren will, die Verhandlungen und den Vertragsschluß in concreto aber mit einem Vertreter (in der Regel mit einem Angestellten) tätigt, ohne daß dieser ausdrücklich auf seine Vertreterstellung hinweist.
- b) Die Abgrenzung der "Geschäfte mit einem Unternehmer" von den sonstigen "Geschäften mit dem, den es angeht" erfolgte bereits im ersten Teil (480). Hier sei nur nochmals betont, daß sich die Sachverhalte, die unter dieser Bezeichnung zu subsumieren sind, vor allem dadurch auszeichnen, daß der Erstkontrahent genau weiß, mit wem er kontrahieren will -mit dem Unternehmer selbst (481)- und sich nur in der

(480) Vgl. oben Teil 1 § 1 A 2 c (S.12 ff).

(481) So ausdrücklich RGZ 95 S. 188 ff (190). Diese Ansicht entspricht der praktisch einhelligen Meinung, die auch von Soergel-Schultze = von Lasaulx geteilt wird, s. Vorbem. 33 zu § 164. Außerdem z.B. Staudinger-Coing, Anm. 12 a zu § 164; Erman-Westermann, Anm. 18 zu § 164; Palandt-Heinrichs, Anm. 4 zu § 164; Flume, aaO, § 44 I (S. 764); Larenz, aaO, § 30 II b (S. 489 f) - jeweils mit weiteren Nachweisen -; ablehnend steht dieser Auffassung in der Literatur, soweit ersichtlich, nur Bettermann, aaO, S. 35 gegenüber. Auch in der Rspr. wird diese Theorie ganz überwiegend gebilligt, so schon für das gemeine Recht RGZ 30, S. 77; vgl. ferner z.B. RGZ 67, S. 148; BGH BB 1957, S. 1014, wo der Anwendungsbereich allerdings sehr weit ausgedehnt wird; einschränkend aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB heraus, OLG Nürnberg JW 1925, S. 1891 mit einer bezüglich der Einschränkung kritischen Anmerkung von Titze; anderer Ansicht als das OLG Nürnberg ist auch OLG Celle, Betr. 1963, S. 547; wohl ablehnend gegenüber den Grundsätzen OLG Bremen NJW 1970, S. 10277 - das Gericht hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem an sich die Voraussetzungen für die Annahme eines "Geschäfts mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" vorgelegen hätten. Gleichwohl wird ein Handeln für den Geschäftsinhaber abgelehnt, ohne daß die Theorie auch nur erwähnt wird; vgl. zu der Entscheidung auch die kritische Anmerkung von Lorenz ebenda.

Identität seines Vertragspartners irrt (482).

- c) Die Termini, mit denen die Fallgruppe in dieser Arbeit bezeichnet wird, wurden ebenfalls bereits im ersten Teil eingeführt und erläutert (483). Hier sei nur nochmals darauf hingewiesen, daß die gebräuchlichen Bezeichnungen : "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" (484) oder Fälle des "Kontrahierens in einem Gewerbebetrieb" (485) irreführend sind, weil solche Geschäfte nicht nur mit einem Gewerbetreibenden im Sinne der Gew.O. (486), sondern z.B. auch mit einem Landwirt (487), Anwalt, Architekten, Arzt usw. zustandekommen können.
- d) Mit Rücksicht darauf, daß bei einem "Geschäft mit einem Unternehmer" der Geschäftsherr nicht nur von vornherein feststeht, sondern darüberhinaus seinem Gegner auch bekannt ist -dieser irrt sich nur in der Identität- könnte man zweifeln, ob diese Fälle überhaupt dem Kreis der "Geschäfte mit dem, den es angeht" zuzurechnen sind. Tatsächlich ist die überwiegende Literaturmeinung -die Rechtsprechung hat zu dieser Frage nie

-
- (482) Daß den "Geschäften mit einem Unternehmer" regelmäßig ein Identitätsirrtum zugrundeliegt, wurde im 1. Teil unter Abschnitt B 2 bereits herausgestellt. Dieser Umstand wird zu Recht bereits von Cohn, aaO, S. 6 f herausgestellt. Vgl. auch Soergel - Schultze-v. Lasaulx, Vorbem. 32 zu § 164.
- (483) Oben Teil I § 1 A 2 c (S. 12 ff).
- (484) Diese Bezeichnung verwendet z.B. E. Lorenz in seiner Anmerkung zu OLG Bremen, NJW 1970 S. 1277 f.
- (485) Den Ausdruck verwendet Bettermann in seiner Monographie "Vom stellvertretenden Handeln" - vgl. z.B. S. 35.
- (486) Vgl. § 6 Gew.O.
- (487) Vgl. die zutreffende und allgemein gebilligte RG- Entscheidung in JW 1921 S. 1309.

Stellung genommen- der gegenteiligen Auffassung (488). Da aber Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" zumindest eine gewisse Ähnlichkeit mit den übrigen "Geschäften mit dem, den es angeht" aufweisen (489), erscheint es angebracht, sie in die Erörterung miteinzubeziehen. Deshalb wurde auch die Definition der "Geschäfte mit dem, den es angeht" im 1. Teil bewußt so weit gefaßt, daß die "Geschäfte mit einem Unternehmer" darunterfallen.

2. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

- a) Schon das Reichsgericht hatte angenommen, daß jemand, der mit einem Unternehmer (im weitesten Sinne - s.o.) geschäftlich kontrahieren will, den Vertrag auch dann mit diesem schließt, wenn er mit einem Angestellten oder sonstigen Gehilfen verhandelt und abschließt. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Vertreter des Unternehmers so auftritt, daß er von seinem Verhandlungspartner selbst für den Unternehmer gehalten wird (490). Diese Ansicht wird auf die Annahme gestützt, "daß in einem solchen Falle ... der Wille des Käufers unzweifelhaft" dahin geht, "das Geschäft nicht mit einem beliebigen Angestellten, sondern mit dem Prinzipal abzuschließen" (491). Daß dem Kunden

(488) So ausdrücklich schon Cohn, aaO, S. 6 f; zu diesem Ergebnis gelangt auch die ganz überwiegende Meinung, die ebenfalls zwischen den beiden Fallgruppen trennt. Die Verschiedenheit der Sachverhalte wird deutlich betont, z.B. von Larenz AT, § 30 II b (S.489 f); Flume, § 44 I und II; Kuhn in BGB-RGRK, Vorbem. 27 zu § 164 und Anm. 8 zu § 164; Lorenz in seiner Anm. zu OLG Bremen NJW 1970, S. 1277. A.A. Soergel - Schultze = v. Lasaulx, Vorbem. 33 zu § 164.

(489) Soergel - Schultze = v. Lasaulx, aaO, sieht in diesen Geschäften einen Unterfall des "offenen Handels für den, den es angeht"; nach Larenz, aaO, sind sie "zwischen dem Normalfall der Stellvertretung und den Geschäften für den, den es angeht" einzuordnen; Staudinger-Coing, Anm. 12 a zu § 164 glaubt, daß beide Theorien auf denselben Gedanken aufbauen

(490) Vgl. z.B. RG JW 1921, S. 1309 und OLG Celle Betr. 1963, S.1891.

(491) Das Zitat entstammt der Entscheidung RGZ 95 S. 188 ff (190). Diese Auffassung entspricht der praktisch einhelligen Meinung, vgl. die in Fußnote (481) genannten Nachweise.

in den Fällen des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" regelmäßig die Identität seines Vertragspartners unklar ist, sei es, weil er den Handelnden für den Unternehmer hält (492), sei es, weil er beim Abschluß mit einem Gesellschafter nicht weiß, daß das Geschäft von einer Handelsgesellschaft betrieben wird (493), wird demgegenüber für unbeachtlich gehalten.

- b) Diese Theorie des Reichsgerichts wird in Literatur und Rechtsprechung nahezu einhellig gebilligt; gegenteiliger Ansicht sind, soweit ersichtlich, nur Bettermann (494) und das OLG Bremen (495).

aa) Bei der Entscheidung des OLG Bremen muß man die ablehnende Haltung des Gerichts allerdings "den Umständen" entnehmen. Die Entscheidung erwähnt diese Grundsätze nämlich mit keinem Wort und lehnt sie daher auch nicht ausdrücklich ab. Nachdem die Voraussetzungen für eine Anwendung der Theorie aber an sich gegeben wären, und nachdem die Annahme eines Vertrages mit dem Inhaber zum gegenteiligen Urteil geführt hätte, muß man wohl von der negativen Haltung des Gerichts ausgehen. Es kann ja nicht angenommen werden, daß einem OLG diese Theorie, die, wie bereits erwähnt, vom RG schon für das gemeine Recht entwickelt wurde (496), nicht bekannt ist (497).

(492) Vgl. die oben unter (490) zitierten Entscheidungen sowie z.B. RGZ 67 S. 148.

(493) Der Sachverhalt wurde vom RG - RGZ 30 S. 77 - für das Gemeine Recht entschieden; an den dort aufgestellten Grundsätzen wird auch für das BGB festgehalten - so ausdrücklich Staudinger-Coiing, Anm. 12 a zu § 164; vgl. auch BGH, BB 1957 S. 1014.

(494) Bettermann, "Vom stellvertretenden Handeln" S. 34 f (35). Bettermann lehnt aber nur die Konstruktion der h.M. ab, die Ergebnisse werden von ihm ausdrücklich gebilligt - vgl. S. 35.

(495) OLG Bremen, NJW 1970 S. 1277.

(496) Vgl. RGZ 30 S. 77.

(497) Derselben Ansicht ist auch Lorenz in seiner -ablehnenden- Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Bremen in NJW 1970 S. 1277.

- bb) Damit ist, soweit ersichtlich, der einzige, der die Theorie der h. M. ausdrücklich und unter Angabe von Gründen ablehnt, Bettermann.

3. Die Meinung von Bettermann

Bettermann ist der Ansicht, die Grundsätze, die von der h.M. bei der Behandlung der hier zur Rede stehenden Fälle aufgestellt worden sind, seien mit dem in § 164 gesetzlich verankerten Offenheitsprinzip (das er selbst allerdings in Zweifel zieht) nicht vereinbar (498). Er wirft der Lehre und insbesondere dem Reichsgericht (499) vor, nach deren "Deduktion kämen also Verträge schon zustande, wenn die Parteien dasselbe gewollt haben, auch wenn sie verschiedenes erklärt haben, also trotz offenkundigen Dissenses" (500). Bei seiner Kritik verkennt Bettermann m.E. die Problematik des "Geschäfts mit einem Unternehmer".

- a) In Wahrheit liegt bei den "Geschäften innerhalb eines Unternehmens" nie ein Dissens vor. Ein offener Dissens nach § 154 I BGB liegt nicht vor, weil dieser, wie sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt und völlig einhellige Meinung ist, voraussetzt, daß sich die Parteien bewußt sind, sich (noch) nicht geeinigt zu haben (501).

Aber auch einen versteckten Dissens kann man, unabhängig davon, ob man der h. M. folgt oder nicht, nicht annehmen. Dieser setzt, wie ebenfalls allgemein anerkannt ist, zwei sich inhaltlich widersprechende Willenserklärungen voraus (502). Ein solcher Widerspruch taucht aber bei den hier zur Rede stehenden Fällen nie auf. Bei diesen Geschäften decken sich die

(498) aaO, S. 35.

(499) Bei seiner Kritik wendet er sich vor allem gegen die Ausführungen des RG in RGZ 67 S. 149 und RGZ 95 S. 190.

(500) aaO, S. 35.

(501) Vgl. statt aller nur Larenz AT, § 27 III; Flume, § 34, 4; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 154.

(502) Vgl. Larenz, aaO; Flume, aaO; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 155.

abgegebenen Willenserklärungen; sie stehen nur im Widerspruch zu dem, was die Parteien eigentlich wollen: In dem vom Reichsgericht gebildeten Beispielsfall (503) vom Zigarrenkauf im Tabakladen sind die abgegebenen Erklärungen objektiv übereinstimmend auf einen Vertragsschluß zwischen dem Kunden und dem Angestellten gerichtet - gewollt ist aber von beiden Seiten der Abschluß eines Kaufvertrages zwischen dem Kunden und dem Geschäftsinhaber (dem "Unternehmer"). Diese Diskrepanz zwischen Willen und Erklärung führt aber nie zu einem Dissens nach § 154 BGB, sondern allenfalls zu einem (Erklärungs-) Irrtum nach § 119 BGB (504).

- b) Unabhängig von der fehlerhaften Verwendung der Rechtsfigur des Dissenses beruht Bettermanns Kritik an der h. M. meines Erachtens auf einer Verkenntung der Rechtsproblematik der Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens". Bettermann übersieht nämlich, daß es hier ausschließlich um die Frage der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien geht (505).
- c) Die h. M. will sicher nicht die Möglichkeit ausschließen, daß ein Vertrag zwischen dem Kunden und dem Angestellten geschlossen werden kann und sie leugnet auch nicht, daß ein solcher Abschluß vorliegt, wenn sich die Parteien ausnahmsweise hierauf geeinigt haben. Bei der Behandlung der "Geschäfte mit einem Unternehmer" nimmt sie aber an, daß sich beide Parteien, der Angestellte und der Kunde, im Regelfall darüber einig sind, daß der Unternehmer (und nicht der Handelnde) Geschäftsherr sein soll. Ausgehend von dieser Willens-

(503) Vgl. RGZ 95 S. 190; das Beispiel wurde bereits im 1. Teil zitiert, vgl. oben Teil 1, A 2 c (S.13).

(504) Vgl. hierzu insbesondere das bei Larenz, aaO, wiedergegebene Beispiel; vgl. im übrigen auch RGZ 67 S. 149, wo die Frage, ob eine Anfechtung nach § 119 BGB möglich sei, geprüft und abgelehnt wird.

(505) Hierauf wird von Cohn, aaO, S. 7, zutreffend hingewiesen.

richtung werden dann die vorliegenden Verlautbarungen dahingehend ausgelegt, daß sie diese Erklärung beinhalten, ohne daß dabei ihrem Wortlaut besondere Bedeutung beigemessen wird. Wenn Bettermann eine solche, von der Formulierung (auch der objektiv eindeutigen) zugunsten des "wirklichen Willens" abweichende Auslegung offensichtlich für unzulässig hält, so übersieht er m.E. § 133 und § 164 I 2 BGB.

4. Eigene Meinung zu den "Geschäften mit einem Unternehmer"

In Wirklichkeit ist m.E. im Zusammenhang mit den Fällen des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" nur problematisch, wann der "wirkliche Wille" des Kunden tatsächlich auf einen Abschluß mit dem Inhaber, wer dies auch sei, gerichtet ist (506). Das ist normalerweise der Fall, wenn die Vertreterstellung des Handelnden hinreichend deutlich aus "den Umständen" erhellt (507) ist. Ist diese Voraussetzung gegeben, so ergibt sich die Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung der Erklärungen des Kunden, auch entgegen ihrem Wortlaut und/oder ihrer Formulierung eindeutig aus § 133 BGB; die Annahme einer Stellvertretung ist dann nach § 164 I Satz 2 BGB gerechtfertigt. Ob dieses Erfordernis im Einzelfall gegeben ist, kann in Grenzfällen schwierig festzustellen sein.

a) Anzunehmen ist ein Geschäft mit dem Inhaber nach zutreffender h. M., wenn die Vertragsverhandlungen in den Geschäftsräumen des Betriebes abgewickelt wurden, da sich hier vor allem die Vertreterstellung des Handelnden schon aus den äußeren Umständen ergibt (508).

(506) Diese Annahme ist, wie erwähnt, die Voraussetzung für die Annahme eines "Geschäfts mit einem Unternehmer" - vgl. RGZ 95 S.110.

(507) Vgl. hierzu insbesondere OLG Celle NJW 1963 S. 1253, wo vor allem diese Voraussetzung sehr deutlich herausgestellt ist.

(508) Ganz h. M.; vgl. z.B. Kuhn in BGB-RGRK, Anm. 8 zu § 164; Soergel = Schultze-vonLasaulx, Vorbem. 33 zu § 164; Larenz, aaO, § 30 II b; Flume, aaO, § 44 I; aus der Rspr., neben den bereits genannten Entscheidungen insbesondere auch OLG Kiel in Seuff. A. 72 Nr. 30 -das Urteil wird von Bettermann, aaO, S.35, zu Unrecht als ablehnend gegenüber der h.M. bezeichnet- ferner OLG Stuttgart, NJW 1973, S. 629, wo die Grundsätze auch bei einem vollmachtslosen Vertreter angewendet werden.

b) Aus denselben Gesichtspunkten heraus ist ein Kontrahieren des Handelnden für den Betriebsinhaber auch dann anzunehmen, wenn jemand Pflanzen oder landwirtschaftliche Geräte für ein Gut erwirbt oder veräußert (509). Der Umstand, daß ein Gut, also ein landwirtschaftliches Unternehmen nie ein Gewerbebetrieb im Rechtssinne sein kann (vgl. § 6 Gew.O.) ist hierbei unbeachtlich. Die begriffliche Beschränkung, die in den üblichen Bezeichnungen, "Geschäft mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes" und "Kontrahieren im Gewerbebetrieb" liegt, hat keine rechtliche Bedeutung. Sie ist lediglich die Folge der schon erwähnten unsauberen Terminologie der h.M., die ihrerseits wohl darauf zurückzuführen ist, daß die Grundsätze meistens bei Gewerbetreibenden anwendbar sein werden und daß auf der anderen Seite ein Vertrag, der für beide Seiten ein reines Privatgeschäft ist, die Voraussetzungen nicht erfüllen kann. Im übrigen lassen sich diese Schwierigkeiten ohne weiteres vermeiden, wenn man, wie hier, statt von einem "Gewerbebetrieb" von einem "Unternehmen" bzw. einem "Unternehmer" spricht.

c) Ansonsten kommt es jeweils auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob ein "Geschäft mit dem Unternehmer" oder ein Vertrag mit dem Handelnden anzunehmen ist. Generell läßt sich hier wohl nur sagen, daß ein solcher Geschäftsschluß nur infrage kommt, wenn der Vertragsgegner von der Existenz des Unternehmens weiß und wenn er nicht ausnahmsweise ein Interesse am Abschluß mit dem Vertreter persönlich hat.

aa) So liegt meines Erachtens kein Kontrahieren mit dem Inhaber eines Gewerbebetriebes vor, wenn A dem B "dessen" Reitpferd abkauft, ohne zu wissen, daß das Pferd dem Gutsbesitzer C gehört, dessen Verwalter der B ist -wobei unterstellt wird, das Pferd wäre nicht auf dem Gut,

(509) Dieser Sachverhalt wurde in RG JW 1921 S. 1309 zu Recht nach den Regeln des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" entschieden.

sondern auf dem Privatgrundstück des B eingestellt und dort wären auch die Verhandlungen geführt worden.

bb) Zumindest bedenklich scheint es auch, wenn der BGH (510) die Grundsätze auf einen Fall angewandt hat, in dem es darum ging, mit wem der Gegner (Kläger) eine BGB-Gesellschaft gegründet hatte. Hier hatte der Kläger mit dem Kommanditisten einer KG., der gleichzeitig deren Prokurist war, in den Geschäftsräumen der KG einen Gesellschaftsvertrag geschlossen und dabei nach seiner Einlassung angenommen, der Prokurist handle im eigenen Namen. Er ging daher beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages davon aus, dieser wolle persönlich Gesellschafter und sein Partner werden. Der BGH weist zwar selbst darauf hin, daß die Grundsätze des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" keinesfalls generell auf den Abschluß von Gesellschaftsverträgen angewendet werden können, hält die Annahme in dem strittigen Fall jedoch für geboten, weil nur die KG den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Beitrag hätte leisten können. Dieser Umstand reicht nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht aus, um die Erklärung des Klägers, er wolle mit dem Prokuristen persönlich kontrahieren, nach § 133 BGB dahingehend auszulegen, er hätte mit demjenigen abschließen wollen, der den Beitrag leisten konnte.

d) Unbeachtlich ist meines Erachtens dagegen die Willensrichtung des Handelnden, also die Frage, für wen dieser abschließen will (511).

(510) BGH BB 1957 S. 1014.

(511) Irreführend ist insoweit RGZ 67 S. 149, wo von einer "Willensübereinstimmung" zwischen dem Kunden und dem Vertreter gesprochen wird. Unrichtig insoweit auch BGH BB 1957 S. 1014, wo der Wille des Vertreters, den Betriebsinhaber zu verpflichten, ausdrücklich als Voraussetzung für einen Vertragsschluß mit diesem genannt wird.

Wie vorstehend schon ausgeführt, ist die gesetzliche Grundlage für die rechtliche Behandlung der Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" in den Bestimmungen der §§ 133 und 164 I Satz 2 BGB zu finden. Dies hat zur Folge, daß in diesen Sachverhalten regelmäßig eine -aus den Umständen erkennbare- offene Stellvertretung angenommen wird. Liegt aber einmal ein erkennbares Handeln des Vertreters für den Vertretenen vor -und bei der Frage der Erkennbarkeit ist der Wille des Vertreters völlig unerheblich- dann treten die Wirkungen des § 164 BGB ein, ohne daß es auf den inneren Vertretungswillen des Handelnden ankäme (512).

5. Zusammenfassung

- a) Die ganz h. M. nimmt an, daß jemand, der ein Geschäft mit dem Unternehmer selbst abschließen will, auch dann mit diesem kontrahiert, wenn er sich in der Identität seines Vertragspartners irrt, weil er diesen z.B. mit einem Angestellten verwechselt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß allein diese Konstruktion dem wirklichen Willen der Parteien gerecht wird.
- b) Die Behandlung der Fälle des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" durch die h. M. ist nach §§ 164 I Satz 2, 133 BGB richtig, wenn bei Vertragsschluß hinreichend deutlich wird, daß der Abschluß mit dem bzw. für den Unternehmer erfolgt.
 - aa) Dies ist regelmäßig der Fall, wenn in den Geschäftsräumen des Betriebes kontrahiert wird.
 - bb) Im übrigen dürfte ein "Geschäft mit dem Unternehmer" dann anzunehmen sein, wenn es sich um einen geschäftlichen Abschluß handelt, bei dem die Identität der Vertragspartner keine (wesentliche) Rolle spielt und der, wie der Gegner weiß, nur vom Geschäftsinhaber erfüllt werden kann bzw.

(512) Dies ist einhellige Meinung; vgl. statt aller nur Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a zu § 164; BGHZ 36 S. 33.

nur für diesen von Interesse ist (513).

- c) Die Kritik Bettermanns, die Grundsätze der h. M. verstießen gegen das Offenheitsprinzip aus § 164 BGB, übersieht, daß in den zur Rede stehenden Fällen ein ausdrücklicher Hinweis auf das Vertretungsverhältnis nach § 164 I Satz 2 BGB überflüssig ist. Auch seine Auffassung, bei Geschäften mit einem Unternehmer liege ein Dissens vor, ist nicht haltbar. Selbst wenn in einem solchen Fall die Parteien, objektiv gesehen, etwas erklären, das sie nicht wollen, kann dies nie zu einem Dissens nach § 154 BGB führen.

-
- (513) Jedenfalls die zuerst genannte Voraussetzung ist in dem Fall nicht erfüllt, der der vorstehend kritisierten Entscheidung des BGH in BB 1957 S. 1014 zugrundeliegt. Eine BGB-Gesellschaft ist so stark vom gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter abhängig, daß beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages auch die Identität der Parteien eine wesentliche Rolle spielt.

S c h l u ß b e m e r k u n g e n
=====

Die Bedeutung der Lehre vom "Geschäft mit dem, den es angeht" wird von ihren Anhängern sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht überschätzt.

1. Dies gilt vor allem für das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht", durch das in bestimmten Fällen über eine teleologische Reduktion des § 164 (II) BGB verdeckte Stellvertretung zugelassen werden soll.
 - a) Es fehlen in Literatur und Rechtsprechung die Beispielsfälle, die mit Hilfe dieser Rechtsfigur anders, geschweige denn "richtiger" entschieden werden könnten, als dies ohne sie möglich wäre.
 - aa) Die Interessen des Geschäftsherrn, denen man vor allem beim Erwerb beweglicher Sachen durch die Zulassung eines "Geschäfts mit dem, den es angeht", in Form einer "Über-eignung an den, den es angeht", Rechnung tragen will, sind gewahrt, wenn man annimmt, daß er mit dem Mittler ein ante-ziertes Konstitut vereinbart hat. Die Tatsache, daß bei dieser Konstruktion beim Mittler für eine "logische Se-kunde" Durchgangseigentum entsteht, ist praktisch ohne Belang.
 - bb) Auch bei obligatorischen Verträgen, insbesondere bei den sogenannten "Geschäften des täglichen Lebens" ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil es bringt, wenn man ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht", zuläßt. Die Abwicklung der Schuldverhältnisse, bei denen nach h.M. verdeckte Stellvertretung möglich sein soll, würde sicher nicht erleichtert, sondern eher erschwert, wenn man annehmen wollte, sie wären "mit dem, den es angeht", geschlossen.

- b) Darüberhinaus ist die Rechtsfigur für die Zwecke des allgemeinen Rechts- und Geschäftsverkehrs so gut wie unbrauchbar. Ihren Anhängern ist es bis heute nicht gelungen, einigermaßen praktikable Kriterien für ihre Anwendung zu entwickeln. Die Voraussetzungen, unter denen die h.M. ein "verdecktes Geschäft mit dem, den es angeht" zuläßt, sind so vage formuliert, daß in den Fällen, in denen es darauf ankommen könnte, nicht einmal ein Jurist im vorhinein feststellen kann, ob sie gegeben sind.
- c) So wenig sich stichhaltige Argumente für das "verdeckte Geschäft mit dem, den es angeht" finden lassen, so gewichtig sind andererseits die Argumente, die gegen diese Rechtsfigur sprechen. Ihre Anerkennung würde nicht nur eine Rechtsfortbildung in Form einer teleologischen Reduktion voraussetzen, die mangels einer entsprechenden (verdeckten) Lücke im positiven Recht unzulässig wäre, sie würde darüberhinaus auch gegen wichtige Prinzipien der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre verstoßen. Die Konstruktion ist daher abzulehnen.

2. Demgegenüber ist die Lehre vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" rechtlich unbedenklich. Ihr kann man auch die praktische Bedeutung nicht absprechen. Dennoch kommt auch ihr nicht die Bedeutung zu, die ihr von einigen, meist älteren Autoren beigegeben wird.

- a) Die wichtigste Aussage der Lehre besteht darin, daß ein Handeln für einen nicht genannten oder objektiv gar nicht bestimmten Geschäftsherrn zulässig ist. Da jedoch von jeher außer Zweifel stand, daß der Vertreter nach § 164 BGB nur das Vertretungsverhältnis, nicht aber die Person des Vertretenen offenlegen muß, ist diese Erkenntnis, zumindest was die Zulässigkeit eines "Geschäfts mit einem Unbekannten" anbelangt, im Grunde nicht neu.

- b) Juristisch interessant und von praktischer Bedeutung ist die Lehre vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" dagegen, soweit sie einen Vertragsschluß mit einem unbestimmten Geschäftsherrn ermöglicht. Dies gilt aber nicht, wenn man der (unzutreffenden) Ansicht ist, daß ein solches Geschäft erst mit der Bestimmung des Geschäftsherrn wirksam wird. Nach dieser Theorie ist ein Abschluß mit einem unbestimmten Geschäftsherrn im Grunde sinnlos; die Lehre vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" wird durch sie also weitgehend entwertet. Nicht zuletzt deshalb ist diese Meinung abzulehnen und als wesentlicher Teil der Lehre vom "offenen Geschäft mit dem, den es angeht" damit festzuhalten, daß ein Vertrag zwischen Parteien, die einander nicht kennen, zustandekommen kann. Er tritt (eventuell rückwirkend) zum Zeitpunkt des Abschlusses in Kraft, unabhängig davon, ob die Parteien objektiv bereits feststehen (und nur nicht benannt sind) oder nicht.
3. Die übrigen Fallgruppen, die innerhalb der "Geschäfte mit dem, den es angeht" unterschieden werden, zeichnen sich lediglich durch ihre tatsächlichen Eigentümlichkeiten aus; für ihre rechtliche Behandlung gelten keine Besonderheiten:
- a) Die Frage, wer bei "Einzahlungen auf Sparbücher oder -konten" Gläubiger des Darlehensvertrages mit dem Kreditinstitut wird, entscheidet sich ausschließlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere danach, ob und für wen der Einzahlende als Vertreter gehandelt hat. Die Anwendung der Grundsätze des "verdeckten Geschäfts mit dem, den es angeht" ist hier aus denselben Gründen abzulehnen, die allgemein gegen die Zulässigkeit dieser Konstruktion sprechen.
- b) Ob ein "Geschäft mit dem Unternehmer" zustandekommt, wenn jemand geschäftlich mit dessen Gehilfen kontrahiert, hängt davon ab, ob der Geschäftsherr (nach § 164 I Satz 2 BGB) wirksam vertreten wird, ob der Kunde mit ihm kontrahieren

will und ob eine entsprechende Auslegung der vorliegenden Willenserklärungen (eventuell nach § 133 BGB) möglich ist. Diese Voraussetzungen sind in den typischen Fällen des "Kontrahierens innerhalb eines Unternehmens" regelmäßig gegeben.

4. Soweit "Geschäfte mit dem, den es angeht" anzuerkennen sind, beinhalten sie im Grunde nichts anderes, als eine standardisierte Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Stellvertretungsrechts auf Rechtsgeschäfte, bei denen im Gegensatz zum Normalfall die Person und/oder Identität des Geschäftsherrn dem Gegner bei Vertragsschluß nicht bekannt ist. Dies rechtfertigt zwar die Aufrechterhaltung der Lehre von den "offenen" und den "sonstigen Geschäften mit dem, den es angeht"- nicht aber die Schaffung eines, wie Flume es ausdrückt (514), "Mythos", der sich insbesondere in der älteren Literatur findet. Mehr Sachlichkeit und Realitätsbezogenheit können der Lehre nur nützen und eine verfehlte Anwendung verhindern.

(514) Rechtsgeschäft II, § 44 II 2 c.

TABELLARISCHER LEBENS LAUF

14.11.1946	Geb. in Bad Tölz, Oberbayern
Eltern	Carsten Dubber, Geschäftsführer Marion Mayr, geb. Steigenberger, Rechtsanwältin
Familienstand	ledig
1953 - 1966	Schulausbildung
Juli 1966	Abitur am Alten Realgymnasium in München
Oktober 1966 - März 1968	Wehrdienst
Mai 1968 - Juli 1971	Jurastudium an der Universität München (7 Semester)
Termin 1971/II	Referendarexamen in München Note: 3,53 (voll befriedigend)
ab Februar 1972	Rechtsreferendar in München
Termin 1974/I	2. jur. Staatsexamen in München Note: 3,47 (gut)
1. Januar 1972 - 31. Dezember 1974	Anwaltskanzlei Dres. Strobl, Killius & Vorbrugg, München
ab 1. Januar 1975	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft

Februar 1977

difo-druck · 8600 bamberg
untere königstraße 30